U d'/of Ottawa
39003020768114

LOVE ME, LOVE
MY BOOK
Thomas P. Foran

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/traitdudoletde01bd

no 2414
216
247
no 11
728
Roch
1439

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

I

HAVRE. — IMPRIMERIE DU COMMERCE, 3, RUE DE LA BOURSE.

(Don)

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE & COMMERCIALE

PAR

J. BÉDARRIDE

Avocat près la Cour d'appel d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse,
Officier de la Légion d'Honneur.

REVU ET ANNOTÉ

PAR

H. F. RIVIÈRE

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

Université d'Ottawa BIBLIOTHÈQUES LIBRARIES University of Ottawa

QUATRIÈME ÉDITION

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

20, Rue Soufflot, 20

1887

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIV
U. d'O.
U of O

KJV
2095
.B427
1887
v. 1

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE [1]

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

SOMMAIRE

1. Nécessité de la bonne foi dans les conventions.
2. Rôle du dol et de la fraude dans les causes viciant les engagements.
3. Causes de leur développement.
4. Motifs de la sévérité mise par le législateur à leur admission.
5. Pourquoi il a exigé que les faits invoqués fussent graves, précis et concordants.
6. Difficultés de la mission confiée aux tribunaux.
7. Utilité de se bien pénétrer de l'esprit de la loi.
8. La faveur due au titre ne saurait faire repousser, sans instruction, les reproches adressés à sa sincérité.
9. L'admissibilité de la preuve orale était une véritable nécessité.

[1] Toutes les annotations de M. Rivière sont précédées d'un astérisque.

10. Inapplicabilité de la maxime *odia restringenda* à la demande en nullité pour dol ou fraude.
11. Eléments d'appréciation pour l'admissibilité de la preuve.
12. Différences entre le dol et la fraude.
13. Division.

1. — Les engagements divers que contractent les citoyens doivent, pour être justes, provenir d'une volonté spontanée et libre; la loi, chargée d'en assurer l'exécution, devait donc veiller à la pureté de leur origine, non moins qu'à la sincérité de cette exécution elle-même.

Il était en effet facile de prévoir que, dans bien des cas, l'acte, sous une apparence irréprochable, ne serait qu'une odieuse tentative de spoliation. De là les conditions exigées pour la validité du contrat, conditions dont l'accomplissement devient la garantie et la preuve de la bonne foi réciproque des parties.

2. — Le dol et la fraude occupent un rang distingué dans les causes pouvant vicier la convention. Les ténèbres, dans lesquelles ils s'enveloppent, augmentent leurs chances de succès, les mille détours à travers lesquels ils se jouent, parviennent souvent à triompher de la justice, réduite à les soupçonner sans pouvoir les atteindre.

Un pareil résultat ne pouvait échapper aux regards avides de la mauvaise foi, et ce qui prouve qu'elle ne l'a pas négligé, c'est le développement considérable que des litiges journaliers signalent dans les faits de dol et de fraude.

3. — Nous laisserons au moraliste à apprécier les

causes de ce développement. Peut-être conviendrait-il de les attribuer à ce culte qu'on a, de nos jours, érigé à l'intérêt matériel; à cet agiotage funeste, attaquant chaque jour les sources du crédit public en frappant au cœur la morale elle-même; à la tolérance pour ces prétendues opérations industrielles dont les actions, semant partout la misère et la ruine, excitent une avidité effrénée qu'on s'efforcerait en vain de retenir dans les bornes de la raison et de la justice.

Quoi qu'il en soit, un semblable état de choses appelle un prompt remède, et ce remède est heureusement dans les mains de la justice.

4. — Sans doute la loi pourrait être plus sévère, mais on ne doit pas perdre de vue la position délicate dans laquelle se trouvait le législateur. La prudence qu'il conseille dans l'appréciation du dol et de la fraude est une conséquence de cette position. Croire facilement au dol et à la fraude, accueillir favorablement la plainte, l'admettre avec la même facilité, eût été peut-être un moyen de les décourager, d'en arrêter le développement et, dans tous les cas, d'en assurer la répression en la rendant plus fréquente. Mais, d'autre part, à combien d'inconvénients ne s'exposait-on pas! A combien de dangers n'abandonnait-on pas les droits les plus légitimes, les plus sacrés! S'il est vrai qu'il n'existe que trop de gens disposés à recourir à des moyens illégitimes et à se créer des ressources aux dépens de leurs dupes, n'est-il pas également certain qu'il en est en aussi grand nombre qui crieraient au dol et à la fraude, dès qu'on voudrait les contraindre à exécuter un engagement ne leur offrant plus l'avantage qu'ils s'en étaient promis.

D'autre part, s'il existe des créanciers peu scrupuleux, il n'est pas rare non plus de trouver des débiteurs de mauvaise foi, tâchant de se soustraire à une obligation régulièrement consentie et librement contractée.

Or, s'il importe de veiller à l'intérêt de ceux que la déloyauté opprime, il convient de protéger également les droits honorablement acquis et injustement déniés; en un mot, il ne fallait pas, pour empêcher la fraude des créanciers contre les débiteurs, encourager et favoriser celle des débiteurs contre les créanciers.

5. — C'était le moyen de concilier ces divers intérêts qu'il convenait d'adopter. Or, ce moyen, les faits accomplis l'indiquaient naturellement; l'acte écrit fait supposer un consentement régulier, c'était là une présomption légale qu'on ne pouvait mettre de côté. En conséquence, l'acte devait faire foi de ce qu'il renferme et être exécuté, tant que le vice dont on le prétend souillé n'est pas établi. L'allégation de l'existence de ce vice impose à son auteur le devoir d'en fournir la preuve; cette preuve résultera de titres écrits ou de dépositions orales, mais elle ne sera recevable que si les faits cotés sont graves, précis et concordants. Elle sera même inutile si des présomptions, ayant ce triple caractère, peuvent dès à présent former la conviction du juge[1].

Voilà ce que le législateur a cru devoir faire; voilà la ligne de conduite qu'il a trouvée toute tracée dans les législations précédentes. Sans doute la difficulté de la preuve assurera, comme ses incertitudes, la réussite du

[1] *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*, L. 6, Cod. *De dolo malo.*

dol et de la fraude dans quelques hypothèses. Mais le mal serait-il moindre, si, pour atteindre plus facilement le dol, on se fût exposé à condamner quelquefois la bonne foi elle-même? Le choix fait par le législateur, entre ces deux dangers, ne saurait donc lui mériter le reproche de faiblesse ou d'indulgence.

C'est aux magistrats à féconder, dans l'application, le germe de répression renfermé dans la loi. L'appréciation laissée à leur prudence et à leurs lumières, la recevabilité de la preuve testimoniale, l'admissibilité de celle par présomptions, sont autant de moyens propres à atteindre ce but si désirable, si intéressant pour l'ordre public lui-même.

6. — Nous ne dissimulons pas le caractère de la mission confiée aux tribunaux. Les procès en dol ou fraude offrent, non une question de droit, mais une pure question de fait. Les circonstances dont on se plaint existent-elles? sont-elles prouvées? caractérisent-elles le dol ou la fraude? Tels sont les points uniques que ces procès donneront à résoudre. Dans une difficulté de cette nature, le magistrat n'a de guide assuré que sa conscience, d'autre élément de décision que son opinion elle-même. Dès lors, vouloir offrir des règles à leur appréciation, c'est paraître tenter une entreprise sans utilité et sans but. Cependant, il est des notions que le juge ne doit pas négliger, alors même qu'il obéit aux inspirations de sa conscience. Il ne suffit pas qu'une cause soit équitable, il faut qu'elle soit, de plus, avouée par le droit. Or, éclairer les principes, les poser nettement, en déduire les conséquences, c'est encore se ren-

dre utile en offrant des bases légales à cette appréciation souveraine.

C'est ce que nous venons faire en traitant une matière trop négligée de nos jours. Le Traité de M. Chardon a quelque peu vieilli, et nul autre que lui n'a traité le dol et la fraude d'une manière spéciale. Puissent nos efforts contribuer à leur répression!

7. — Pour atteindre à cette répression, il faut que les magistrats se pénètrent bien de l'esprit de la loi. Dans les procès de ce genre, le défenseur à la nullité fait les plus pressants appels à l'autorité du titre, surtout lorsque ce titre est authentique; à l'entendre, il ne faut, sans mettre en péril les choses les plus sacrées, lui porter aucune atteinte ou en amoindrir la puissance.

8. — Oui, il importe que le titre soit respecté. Une convention légitime ne doit pas rester un vain mot. Mais tout cela ne peut et ne doit faire repousser, sans instruction, les reproches d'illégitimité adressés au contrat. La faveur accordée au titre par le législateur, n'est que la conséquence de la présomption que ce titre est loyalement intervenu et que l'obligation qu'il crée est légalement contractée. C'est donc vouloir en méconnaître le caractère que de prétendre la convertir en une arme protectrice du dol ou de la fraude.

Le législateur y a si peu songé, qu'il n'hésite pas à anéantir le titre, lorsque le reproche est justifié, et c'est à la preuve testimoniale qu'il demande les fondements de ce reproche. L'admissibilité de la preuve orale, contre un titre écrit, indique bien le prix qu'il attache à la

répression de tout ce qui altère la pureté et la loyauté du contrat.

9. — Au reste, l'admissibilité de la preuve orale était une véritable nécessité. Le dol et la fraude se gardent bien de laisser après eux des traces écrites. Vouloir des titres écrits ou seulement un commencement de preuves, c'était renoncer à l'espérance de toute répression.

Cette considération avait paru si décisive à nos anciens jurisconsultes, qu'elle les avait même portés à se montrer peu exigeants sur les résultats de la preuve orale.

La fraude, dit Dumoulin, éloigne les témoins au lieu de les appeler, *quare non ita exacte probationes de jure exiguuntur... Alioquin facillissime esset sophisticatione verborum, seu per verbales actus, quotidie eludere consuetudinem*[1].

Simulationem probari ex indiciis et conjecturis, probationesque imperfectas, nimisque integras admitti[2].

Ce qui était vrai à cette époque, n'a pas cessé de l'être, ou mieux l'est devenu plus encore aujourd'hui. Tout a progressé depuis lors, et le dol et la fraude ne sont certes pas restés en arrière. On pourrait donc enseigner encore aujourd'hui qu'on doit non-seulement admettre la preuve testimoniale, ce qui ne fait pas doute, mais encore qu'on ne doit pas trop se montrer sévère sur ses résultats.

10. — Cependant, nous avons entendu souvent soutenir le contraire. Les nullités, a-t-on dit, sont odieuses,

[1] *Ancienne coutume de Paris*, § 23, n° 62.

[2] Leferon, sur l'art. 15, *Coutume de Bordeaux*, tit. du *Retrait lignager*.

il faut donc se garder de les encourager, *odia restringenda*. Il n'y a de nullités odieuses que celles s'adressant à la forme, sans pouvoir atteindre le fonds du droit. Qu'importe, en effet, comme le dit un jurisconsulte moderne [1], dans le for intérieur, l'irrégularité d'une demande dans la forme, si cette demande est juste au fond?

Mais la nullité d'un acte couvrant sous sa perfection apparente un traité injuste, arraché par le dol ou suggéré par la fraude, n'est qu'une légitime satisfaction à la bonne foi indignement abusée; loin d'offrir quelque chose d'odieux, ce résultat n'a rien que de très moral et de très juste.

Ce qui serait véritablement odieux, ce serait d'entourer d'une sollicitude quelconque l'auteur présumé d'une fraude coupable, de contribuer, par une sévérité intempestive, à rendre la découverte du dol impossible, et d'assurer ainsi le triomphe d'une spoliation audacieusement exécutée.

L'esprit de la loi repousse et devait repousser un pareil résultat. Les efforts des magistrats tendront sans cesse à en empêcher la réalisation. Ce n'est pas par des considérations pareilles que la demande en preuve doit être repoussée. Les invoquer, c'est se placer dans une contradiction flagrante avec la loi, avec la morale, avec la vérité.

11. — C'est dans les faits du progrès, dans les circonstances ayant précédé, accompagné et suivi le contrat; c'est dans la position des parties, dans la nature de la convention, dans les faits dont on demande la preuve,

[1] Solon, *des Nullités*, introd. p. VI.

que se puiseront les éléments d'appréciation de son admissibilité. Ce que les magistrats ne doivent jamais perdre de vue, c'est que le dol et la fraude sont difficiles à justifier; c'est que si la condamnation injuste est à jamais regrettable, il importe peu que cette condamnation doive méconnaître des droits légitimes ou consacrer une prétention déloyale. C'est donc à concilier tous les intérêts qu'ils doivent tendre sans cesse. Ils y aboutiront en portant dans l'examen des difficultés qu'ils auront à résoudre les saines notions de l'équité et du droit.

12. — Les mots dol et fraude sont souvent réunis et confondus dans les œuvres de nos jurisconsultes. Cette confusion, qui n'existait pas dans le droit romain, est inadmissible. Sans doute, le dol et la fraude ont des caractères communs, subissent dans leur recherche l'empire de principes analogues, produisent des effets identiques. Mais il y a entre eux des différences notables dans leur nature, dans leur origine, souvent même dans leurs résultats.

Ainsi, le dol ne peut exister sans l'emploi de manœuvres, imputables à l'une des parties, ou exécutées dans son intérêt par un tiers.

La fraude, au contraire, ne réside le plus souvent que dans l'exécution d'une convention licite et juste, elle n'exige aucune manœuvre; elle est, dans certain cas, concertée entre toutes les parties contractantes.

Le dol vicie essentiellement le contrat.

La fraude, même convenue, n'a souvent aucune influence sur la validité et, conséquemment, sur l'exécution à donner à la convention.

Aussi, verrons-nous que la plainte en fraude n'est

pas toujours permise, tandis que celle en dol ne saurait, dans aucun cas, être refusée à la partie lésée.

13. — Ces différences tracent naturellement notre division. Nous devons d'abord examiner le dol, sa définition, ses caractères, la preuve de son existence, ses effets. Nous traiterons ensuite de la fraude, selon qu'elle a eu pour objet ou de tromper la partie, ou de nuire à des tiers, ou d'éluder la loi, ce qui comprend le vaste champ des simulations.

CHAPITRE Ier

DÉFINITION DU DOL

SOMMAIRE

14. Comment Servius avait défini le dol, vices de cette définition.
15. Définition donnée par Labéon, admise par les jurisconsultes.
16. A passé dans notre droit.
17. Cas dans lesquels le dol dégénère en délit.
18. Différence de l'action en répression du délit d'avec celle en réparation du dol.
19. La décision au correctionnel ne crée aucune fin de non-recevoir contre l'action ultérieure pour dol.

14. — Le jurisconsulte Servius avait défini le dol en ces termes : *Machinationem quamdam, alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.*

Les principes du droit romain sur la matière, rendaient cette définition inacceptable par sa trop grande généralité. Nous verrons en effet, tout à l'heure, que le dol n'était pas toujours pris dans la même acception, malgré que dans tous les cas on put relever les caractères exigés par Servius.

C'est par cette observation que Labéon contestait la

justesse de la définition donnée par Servius. On peut, disait-il, tromper sans dissimulation; d'autre part, une dissimulation certaine n'est pas toujours et nécessairement répréhensible, dans le cas, par exemple, où elle n'a pour but que de protéger son intérêt légitime ou celui d'un tiers : *Posse sine dissimulatione id agi, ut quis circumveniatur*; *posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt qui per ejus modi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena.*

15. — Il fallait donc pour le dol une désignation qui ne s'appliquât qu'à lui et qui le caractérisât d'une manière précise et non équivoque. En conséquence, Labéon le définissait : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* [1].

Cette définition fut admise par les jurisconsultes romains; elle répondait parfaitement à l'idée qu'on peut se faire du dol et des caractères le constituant. En effet, le concours de manœuvres déloyales et d'un préjudice pour la partie contractante, détermine nettement la nature du dol et son objet, indique le double fondement de l'action ouverte à celui qui en a été victime, action qu'Ulpien explique en ces termes : *Ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.*

16. — Notre droit a recueilli sur ce point les errements du droit romain. Aujourd'hui donc, comme à cette époque, on doit considérer comme dol punissable toute espèce de manœuvres, de finesses, d'artifices, em-

[1] L. 1, Dig., § 2, *De dolo malo.*

ployés pour entraîner ou entretenir une personne dans l'erreur qui la détermine à une convention préjudiciable à ses intérêts, ou qui la détourne de faire une chose utile [1].

17. — Le dol dégénère en véritable délit, lorsque les manœuvres qui le constituent atteignent une gravité telle, que l'ordre public exige autre chose que l'annulation du contrat, avec dommages-intérêts. En conséquence, le préjudice provoqué, soit par l'emploi de faux noms ou de fausses qualités, soit par des manœuvres ayant eu pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre évènement chimérique, est une véritable escroquerie entraînant l'application d'une peine corporelle [2].

18. — Notre sujet se restreignant au dol en matière civile, nous n'avions à indiquer ce qui précède que pour en déduire cette conséquence. La loi distingue formellement l'escroquerie du simple dol, dès lors le fait insuffisant pour constituer le délit puni par l'article 405 du Code pénal, peut créer une action en nullité de la convention et en dommages-intérêts. Cette action peut être intentée soit principalement, soit accessoirement à l'instance correctionnelle. Mais quelle que soit la décision de celle-ci, aucune fin de non-recevoir ne saurait être opposée à l'exercice de la première.

[1] Toullier, tom. VI, n° 87.
[2] Art. 405, Cod. pén.

En matière de délits, comme en matière de crimes, l'intention est seule constitutive de la culpabilité. Les juges correctionnels décident donc plutôt une question intentionnelle qu'une question de fait. Aussi l'acquittement prononcé ne prouve qu'une seule chose : l'absence de criminalité. Reste donc le fait matériel, dont les conséquences, plus ou moins nuisibles, peuvent être déférées à une autre juridiction. Si ce fait est imputable au prévenu, s'il est le produit de la ruse et du mensonge, ce prévenu, déchargé de la peine d'un délit non démontré, resterait passible de la réparation du préjudice naissant du fait qu'il aurait commis.

Ainsi la loi civile atteindra comme dol ce que la loi criminelle n'a pu atteindre comme escroquerie. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que la compétence des tribunaux correctionnels est nécessairement subordonnée à la constatation du délit; qu'elle disparaît avec celui-ci. Dès lors, en cas d'acquittement, les juges correctionnels ne peuvent statuer sur les prétentions de la partie civile, ni lui adjuger aucuns dommages-intérêts. Ils doivent donc la déclarer non-recevable et la condamner aux dépens.

19. — Mais cette décision ne fait nul obstacle à l'introduction d'une action en nullité, ou en dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires. L'action civile pour dol diffère essentiellement de l'action civile pour escroquerie : chacune de ces actions a ses caractères spéciaux, obéit à des principes particuliers, reconnaît une compétence distincte. Conséquemment, la chose jugée sur la dernière n'est jamais opposable à l'action posté-

rieure en dol. Elle ne produit d'autre effet que de rendre à tout jamais impossible, une poursuite en escroquerie.

Mais le fait motivant celle-ci est de nature à constituer un dol. Il peut donc donner naissance à l'action ou à l'exception que le dol crée. On pourrait d'autant moins invoquer la maxime *non bis in idem*, que le juge correctionnel non seulement n'a pas connu du dol, mais qu'il ne pouvait en connaître.

Sans doute, c'est le même fait qu'il a eu à apprécier, mais son appréciation n'a dû et pu porter que sur le caractère de délit attribué à ce fait. N'oublions pas que l'art. 360 du Code d'instr. crimin. appelle fait, l'accusation elle-même, le crime ou le délit qu'elle qualifie, et non l'acte matériel à raison duquel elle est intervenue [1]. La décision crée la chose jugée sur cette criminalité, laquelle disparaissant fait place à un fait purement civil, sur les conséquences légales duquel rien n'a été statué, parce qu'elles n'ont jamais été en question [2].

[1] Legraverend, t. I, pag. 339-340; — Mangin, *De l'action publique* t, II, pag. 344.

[2] Cass., 3 juillet 1844, D. P., 44, 1, 64.

* Des faits qui n'ont pas les caractères de l'extorsion de titres, de l'escroquerie ou de l'abus de confiance (*voy.* art. 400, 405, 406 et suiv. C. pén.) peuvent néanmoins constituer la violence ou le dol, dans le sens des art. 1111 et 1116 du Code civil. Duranton, X, 146, et XIII, 489; Larombière, sur l'art. 1351; n° 177; Req. 17 mars 1813; 12 janv. 1852, Sir., 52, I, 113; 4 avril 1855, Sir., 55, I. 668.

SECTION Ire

CARACTÈRES DU DOL

SOMMAIRE.

20. Pourquoi le législateur n'a pas considéré comme moyens de nullité tout ce qui s'écarte de la stricte bonne foi.
21. A quelles conditions devra-t-on reconnaître le dol ?
22. Première condition : il faut que les manœuvres ou artifices aient été de nature à faire illusion.
23. Conséquence. Tout mensonge, toute ruse n'équivaut pas au dol.
24. Opinion de Pothier à cet égard.
25. C'est donc sur la nature et la gravité des moyens employés que devra se porter l'attention du juge.
26. Faut-il que, comme la violence, le dol ait dû faire impression sur un esprit raisonnable ?
27. L'état moral de la partie exercera toujours une grande influence.
28. *Quid* si elle était dans un état presque habituel d'insanité d'esprit ?
29. De la dépendance dans laquelle une des parties serait à l'égard de l'autre.
30. L'appréciation du juge est souveraine.
31. Seconde condition : le dol doit avoir déterminé le contrat.
32. La préexistence de l'intention de contracter exclut donc l'action en nullité, mais laisse subsister celle en dommages-intérêts.

33. Troisième condition : Le dol doit être le fait de la partie. — Conséquence.
34. Droits de la partie lésée contre l'auteur du dol.
35. Exceptions à la règle du maintien de l'acte : — 1° Lorsque les avantages produits par le dol ne résultent pas d'une obligation.
36. 2° Lorsque la partie étrangère au dol en a connu l'existence au moment du contrat.
37. Quatrième condition : le dol doit avoir occasionné un préjudice.
38. Exigences du droit romain : *Consilium fraudis eventus damni.*
39. En quoi ces exigences ont perdu de leur importance en droit français.
40. Cependant, si le préjudice est dénié, c'est au plaignant à en justifier l'existence.
41. L'existence d'un préjudice moral ferait-elle annuler le contrat?

20. — L'équité et la morale exigent que les parties contractantes agissent, l'une envers l'autre, avec la plus entière bonne foi. De là cette conséquence, que les traités faits au mépris de cette prescription devraient être considérés comme incapables de produire un lien légal.

Mais il est, en législation, des nécessités invincibles. On ne pouvait proscrire tout ce que l'exacte probité réprouve, sans exiger des hommes une perfection n'existant nulle part; sans tomber dans les plus grands inconvénients; sans s'exposer à jeter la plus grande perturbation dans les transactions de la vie sociale.

Aussi n'a-t-on pas fait dépendre le sort des contrats de l'existence avérée de toute ruse, de tout mensonge. Le dol seul les annule, et, par dol, le législateur entend

les manœuvres et artifices ayant créé l'erreur préjudiciable à l'une des parties.

21. — Pour tomber sous le coup de la loi, ces artifices et manœuvres doivent offrir dans leur conception, dans leur emploi, une gravité facilement appréciable. C'est ainsi que la doctrine et la jurisprudence l'ont depuis longtemps consacré. Cette gravité résultera de certaines conditions sur lesquelles le juge devra tout d'abord porter son investigation.

22. — La première de ces conditions est que les manœuvres et artifices aient été de nature à faire illusion à la personne trompée. La peine édictée contre le dol a surtout pour objet la juste réparation due à celui qui en a été victime. C'est à titre de dédommagement, que la loi accorde la nullité de l'acte, et suivant les cas, une allocation de dommages-intérêts. Or, un dédommagement quelconque n'est dû qu'à celui qu'une force majeure a seule entraîné, qui n'a succombé que par l'effet d'une violence morale qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher.

Dans le cas contraire, celui qui se plaint a lui même à se reprocher la légèreté de sa conduite, la foi qu'il a imprudemment accordée, lorsque des investigations, que son intérêt lui prescrivait, l'auraient mis à même de découvrir la ruse dont il a été victime. Conséquemment, lui accorder une réparation, serait récompenser son imprudence. Or, la loi doit bien protéger celui qui n'a pu se défendre, mais elle n'a aucune obligation envers celui qui, pouvant se protéger lui-même efficacement, a négligé ou dédaigné de le faire.

23. — C'est en ce sens, que nous disions tout à l'heure, que tout mensonge, que toute ruse ne donne pas ouverture à l'action en dol; cependant, le résultat de l'un peut être identique à celui que l'autre produirait; c'est-à-dire qu'un préjudice grave a pu être réellement causé par la ruse ou le mensonge. Mais l'un et l'autre, se produisant simplement, pouvaient être reconnus. L'imprudence de la partie leur a seule donné l'effet qu'ils ont produit, il n'y a donc plus qu'une dissimulation que la loi et la morale réprouvent, mais qui ne peut constituer le dol puni par l'art. 1116 du Code civil.

24. — « Dans le for intérieur, dit Pothier, on doit regarder, comme contraire à la bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte, la plus scrupuleuse; la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose faisant l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à la bonne foi.

» Dans le for extérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui, avec qui elle a contracté, a donné à la bonne foi, autrement il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas d'être rescindées. Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit, dans ce for, regardé comme un vrai dol, tel que toutes les mauvaises manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employés pour engager l'autre à contracter [1]. »

Vainement donc prouverait-on qu'on a été entraîné par

[1] *Des obligat.*, n° 3).

la ruse, déterminé par le mensonge. Si les précautions ordinaires pouvaient déjouer la ruse, démasquer le mensonge, l'acte doit être maintenu. Il n'y a dol punissable que lorsque l'erreur inférée s'est produite par des moyens de nature à convaincre de la vérité de la fausse allégation, à endormir la vigilance et à rendre vaines toutes investigations.

25. — Il résulte de là que c'est surtout sur la nature des moyens employés, sur leur gravité, que le plaignant doit appeler l'attention de la justice. C'est cette appréciation qui fournira la solution du litige. Dès lors, la question soulevée par la poursuite du dol est plutôt une question de fait, qu'une difficulté de droit [1]. Les manœuvres et artifices signalés existent-ils? Ont-ils la gravité indispensable pour faire résoudre le contrat? Telles seront, en dernière analyse, les seules, les véritables difficultés.

Ce caractère du litige laisse une grande part à l'arbitrage souverain du juge. Il est cependant quelques principes de nature sinon à commander, du moins à diriger

* [1] La pertinence et la gravité des faits invoqués comme constitutifs du dol, et le point de savoir si les manœuvres pratiquées ont été la cause déterminante du contrat sont appréciés souverainement par les juges du fond. Mais il appartient à la Cour de Cassation de contrôler l'appréciation du caractère, au point de vue légal, des moyens employés par l'une des parties, comme formant ou non des manœuvres illicites.

D'autre part, le jugement ou l'arrêt qui annulent un contrat pour cause de dol doivent, sous peine d'être sujets à cassation, déclarer que le consentement de l'une des parties a été surpris à l'aide de manœuvres pratiquées par l'autre partie, ou dont elle a été complice. — *Voy*. Demolombe, XXIV, 174; Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, p. 304; — Civ. cass. 4 juin 1810, Sir. X. 1. 377; 8 févr. 1832, Sir. 32. 1.184; Req., 5 déc. 1838, Sir. 38. 1. 951.

l'exercice de ce pouvoir. En voici notamment qu'on ne doit pas négliger.

26. — L'article 1112 du Code civil, qui punit la violence, exige pour l'atteindre qu'elle ait été de nature à faire impression sur un esprit raisonnable; doit-on exiger ce caractère en matière de dol?

Il y a entre la violence et le dol cette différence : que la première, s'annonçant par des actes matériels, sera parfaitement appréciable dans ses divers degrés. Elle procédera d'ailleurs, et presque toujours, par les mêmes moyens, et l'on comprend que, pour en juger les effets, on ait exigé que les actes la caractérisant aient pu faire une grave impression, au moins sur une intelligence éclairée, sur une raison ordinaire.

Le dol, au contraire, confond la raison et se joue de l'intelligence. Insaisissable dans la pensée qui le conçoit, protégé par la fraude présidant à son exécution, il sait faire illusion au plus habile. Chaque espèce devra donc se résoudre par les moyens qui lui seront propres. On ne se demandera pas si un esprit raisonnable aurait ou non succombé, la question posée sera uniquement celle-ci : le demandeur a-t-il cédé et dû céder aux manœuvres déployées pour pervertir sa volonté et égarer son consentement?

27. — Mais l'état moral de la partie exercera toujours une puissante influence sur la décision. La loi protège plus efficacement le mineur, parce qu'elle le suppose plus accessible aux suggestions de la mauvaise foi. Mais il est des majeurs dont la volonté, inerte et faible,

est plus facilement entraînée que ne le serait, dans la même occurence, celle de certains mineurs. La protection due à ceux-ci doit donc les entourer dans de certaines limites. Le dol sera d'autant plus à supposer à leur égard, qu'ils étaient pour lui une proie plus facile et plus sûre.

28. — Par une supériorité de raisons, le dol serait plus facilement admis, s'il était argué que la victime se trouvait dans un état habituel d'insanité d'esprit. Dans une pareille hypothèse, on ne s'appesantirait pas trop sur la gravité ordinairement exigée pour les manœuvres constituant le dol. La simple obsession pourrait suffire, c'est ce qui a été admis pour la captation.

On sait que, pour annuler une libéralité imputée à la captation, on exige de celle-ci un caractère frauduleux et dolosif. Il faut conséquemment qu'elle ait été acompagnée de manœuvre tendant à fausser la volonté du donateur ou du testateur. Mais de simples démarches, fréquemment répétées, afin d'obtenir une libéralité, lorsqu'elles s'adressent à un individu dans un état d'imbécilité ou de démence presque habituel, ont été jugées constituer le dol punissable. C'est notamment ce que la Cour d'Aix a décidé, le 3 juin 1845, par la confirmation d'un jugement du Tribunal de Toulon, annulant une libéralité faite par la dame Pourriac à une de ses nièces.

29. — Nous n'hésitons pas non plus à considérer, comme un élément essentiel d'appréciation, la dépendance dans laquelle seraient respectivement les parties

au moment de l'acte, même sous le rapport de l'intérêt pécuniaire. Des poursuites rigoureuses, exercées par un créancier contre les biens ou contre la personne de son débiteur, peuvent placer celui-ci dans une position dont il a été facile d'abuser, en lui arrachant le sacrifice d'une partie plus ou moins forte de sa fortune. Un acte ainsi obtenu n'est-il pas réellement le produit d'une véritable violence, et ne devra-t-on pas l'apprécier sévèrement sur la plainte de la partie intéressée?

Sans doute les poursuites du créancier sont l'exercice d'un droit. Mais si elles n'ont pour objet que de forcer la main au débiteur, si le sacrifice consommé par l'acte attaqué n'a aucun motif sérieux, s'il est démontré qu'il n'est évidemment que le résultat recherché de, et par la poursuite, faudra-t-il laisser le créancier possesseur paisible de ce qu'il aura ainsi frauduleusement obtenu? Nous ne le pensons pas : *Nemini sua fraus patrocinari debet.*

30. — N'oublions pas, au reste, qu'en cette matière, les tribunaux prononcent comme le ferait un jury. Il suffit qu'ils soient autorisés à en anéantir le produit. Cette gravité est relative; elle se détermine tantôt par la finesse de l'artifice, tantôt par l'âge, le sexe, la condition des parties. Conséquemment tels et tels faits qui ne sauraient constituer le dol à l'endroit de l'un, le constitueront pour l'autre. Nous le répétons, la loi s'en rapporte entièrement à la prudence des tribunaux, et, sans leur demander compte des éléments de leur conviction, elle l'accepte comme l'arbitre souverain du litige [1].

[1] Cass., 27 août 1836; — 5 décembre 1838, J. P., tom. I, 1839 pag. 263. — Voy. note du n° 25 ci-dessus.

31. — La seconde condition, pour que le dol annulle le contrat, est que sans son emploi, il n'eût pas existé de convention. Qu'il ait été, dès lors, la cause unique et déterminante du consentement, *dans causam contractui* [1].

La nullité résultant du dol est une peine en même temps qu'une réparation. Cette dernière doit s'étendre à toutes les conséquences nuisibles, et ce résultat n'est nullement inconciliable avec l'existence de l'acte attaqué.

Or, pourquoi anéantir celui-ci lorsque la volonté de le consentir existait chez toutes les parties. Malgré que cette volonté chez l'une d'elles ait été plus tard pervertie par des manœuvres coupables, l'acte n'en est pas moins intervenu librement. Il suffit donc, dans cette hypothèse, que le préjudice résultant du dol exercé dans l'exécution de cette pensée soit entièrement réparé, à moins que la circonstance sur laquelle on a été trompé soit de telle nature que sa connaissance eût fait abandonner toute idée de traiter.

32. — Ainsi, la certitude de la volonté de contracter avant et indépendamment de toute manœuvre, est exclusive de toute poursuite en nullité de l'acte. Le traité renferme un lien légal qu'il faut respecter, tout en ra-

* [1] Le dol incident (*dolus incidens*), en d'autres termes, le dol qui est pratiqué dans le cours d'une négociation et qui, sans avoir été la cause unique et déterminante du consentement, a eu seulement pour résultat d'amener une des parties à accepter des conditions plus onéreuses, n'est pas, en thèse, une cause de nullité de la convention. Mais l'auteur ou le complice du dol est passible de dommages-intérêts. Toullier VI, 91 ; Duranton, X, 170 ; Larombière, I, art. 1116 ; Demolombe, XXIV, 175, 176 et 177 ; Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, p. 302 ; — Civ. rej. 31 janv. 1853, Sir. 53, 1, 349.

menant son exécution dans les limites légitimes, que la convention devait avoir dans la pensée commune des parties.

Mais le maintien de l'acte ne serait ni équitable ni logique, lorsque, sans intention de contracter, la partie poursuivante n'a été déterminée à le faire que par les manœuvres dolosives dont elle se plaint. Il importe que le dol soit poursuivi et atteint dans tous les effets qu'il a produits; or, dans l'espèce, l'existence de l'acte n'est elle-même qu'un de ces effets, dès lors elle doit être condamnée et proscrite.

Il n'y a donc, en général, de nullité forcée que lorsque le contrat a été inspiré par le dol. S'il est certain que la partie était décidée à traiter, de telle manière qu'elle l'eût fait, alors même qu'il n'y aurait eu aucun dol, l'acte est maintenu. Mais on ne doit respecter que ce qui est indépendant du dol [1]. Conséquemment, tout ce qui n'est qu'une conséquence directe de celui-ci doit être corrigé. On doit donc, tout en maintenant l'acte, soit annuler les clauses dues aux manœuvres reprochées, soit allouer des dommages-intérêts suffisants pour réparer intégralement tout préjudice.

33. — La troisième condition pour que le dol soit punissable, c'est qu'il ait été commis par celui avec qui on a contracté [2]. Nul ne peut répondre que de son propre

[1] Cass., 19 janvier 1841.

* [2] La disposition de l'art. 1116 C. civ. suivant laquelle les manœuvres qui ont amené une partie à contracter, doivent avoir été pratiquées par l'autre partie, ne s'applique qu'aux actes juridiques dans lesquels figurent deux parties. Voy. sur ce point MM. Aubry et Rau, IV, 6, § 343 *bis* note 26, p. 303.

-- Si le dol n'est une cause de nullité des conventions qu'autant que

fait, que de sa faute. En conséquence, si la partie attaquée n'a réellement ni connu le dol, ni coopéré aux manœuvres qui le constituent, sa bonne foi rend le contrat inattaquable, et en assure l'exécution.

34. — Mais cette conséquence ne fait nul obstacle à ce que la partie lésée poursuive et obtienne la réparation du préjudice qu'elle éprouve. L'auteur du dol, quel qu'il soit est tenu de cette réparation, alors même qu'il ne doit retirer aucun avantage personnel du traité déterminé par ses manœuvres.

35. — Cette règle reçoit cependant des exceptions, et la partie étrangère au dol perd tous les avantages qu'elle en avait retirés :

1° Lorsque ces avantages, ne résultant pas d'une obligation contractée en sa faveur, ne lui sont acquis que par sa qualité, ou par une disposition formelle de la loi. Ainsi la renonciation, annulée comme produite par le dol, serait censée n'avoir jamais existé, et l'héritier appelé au profit de cette renonciation perdrait tous ses droits. Il serait en conséquence tenu de restituer l'hérédité qu'il aurait déjà appréhendée, alors même qu'il eût ignoré l'existence du dol;

36. — 2° Lorsque la partie contractante, sans être elle-même l'auteur du dol, en a connu l'existence au mo-

les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties, il suffit cependant que l'un des faits articulés et qui forment un ensemble indivisible, soit une imputation dirigée contre le demandeur pour un acte qui lui est personnel. Req. 8 août 1878, Sir. 79. 1. 461.

ment du contrat. Connaître un fait réprouvable aux yeux de la justice et vouloir en recueillir les fruits, c'est se rendre complice de ce fait, à la consommation duquel on se prête sciemment. Il est donc juste de priver le complice, tout au moins, des gains illicites devant lesquels il n'a pas reculé [1].

37. — Enfin la quatrième condition pour l'imputabilité du dol, c'est qu'un préjudice ait été causé. Le dol, avons-nous dit, nécessite une peine et une réparation. Il n'existe donc que lorsqu'il y a fait illicite chez l'un, préjudice chez l'autre. L'absence de tout préjudice enlèverait à la répression du dol son objet le plus essentiel, et en rendrait la poursuite évidemment frustratoire. L'intérêt étant la mesure de l'action, et l'intérêt n'existant qu'autant qu'on est lésé, l'impossibilité de justifier de l'existence d'un préjudice quelconque, rendrait la partie plaignante non-recevable dans son action.

38. — Ainsi se trouve dans notre droit ce double caractère que le droit romain exigeait pour le dol à savoir : *Consilium fraudis, eventus damni*. Mais, sous l'empire de cette législation, cette prescription avait une portée bien autre que celle qu'elle conserve aujourd'hui. Le droit romain reconnaissait un dol licite, *dolus bonus*, une fraude nuisible dans ses résultats mais n'exi-

* [1] La partie contractante qui ayant connaissance des manœuvres pratiquées par un tiers pour déterminer l'autre partie à consentir, n'en a pas averti celle-ci, doit être considérée comme y ayant participé. Duranton, x, 177 et 178; Larombière, I, art. 1116, n° 8; Demolombe, XXIV, 186; Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, p. 303; Laurent, XV, n° 529. — Req. 5 déc. 1838, Sir. 38, I, 951.

geant pas un concert préalable, *fraus non in consilio sed in eventu*. Et tout cela devait être soigneusement distingué puisque l'action en dol était infamante.

39. — Cela n'existe plus en droit français. Sans doute nous reconnaissons des simulations licites, mais ces simulations ne sauraient être qualifiées dol, par la raison toute simple qu'elles sont ordinairement concertées par les deux parties. L'action en dol n'est plus que ce qu'est l'action en fraude, et n'atteint jamais d'autres résultats que celle-ci.

Donc, chez nous, le dol n'a qu'une acception impliquant nécessairement l'existence d'un préjudice. Ce ne sera jamais dans un but innocent ou inoffensif qu'on se livrera à des manœuvres, à des artifices destinés à *entretenir une personne dans l'erreur qui la détermine à une convention préjudiciable à ses intérêts, ou qui la détourne de faire une chose utile.*

D'autre part, comment admettre qu'une partie se plaigne d'un acte ne lui causant aucun grief. On ne plaide pas pour le plaisir de plaider, surtout lorsque, sans espoir de rien gagner, on sait qu'on y perdra toujours quelque chose.

40. — Quoi qu'il en soit, le dol n'existe que lorsqu'il y a réellement préjudice. Conséquemment, si le défendeur soutient qu'il n'en a causé aucun, le demandeur aura l'obligation de prouver celui dont il se plaint. Mais on ne devra pas exiger que ce préjudice soit né et actuel : il suffira qu'il y ait crainte fondée pour l'avenir, probabilité même d'une chance, pour que l'auteur du dol soit condamné, soit à faire cesser l'état des choses que ses arti-

fices ont déterminé, soit à fournir toutes les assurances éventuelles qui lui seront réclamées.

41. — L'existence d'un préjudice moral légitimerait l'action du poursuivant. Celui qui a été déterminé, par artifices, à vendre une propriété qu'il affectionnait, et dont il ne se serait pas défait sans le dol employé, sera recevable à demander la nullité de la vente. Vainement le prix reçu serait-il proportionné à la valeur de la chose vendue; il n'en serait pas moins certain que la volonté du vendeur a été violentée; et si les manœuvres dont il se plaint ont réellement existé, son consentement, surpris par ce moyen, manque d'une de ses qualités essentielles, et n'est par conséquent pas susceptible de créer un lien légal. Il n'y aura dans cette espèce qu'un préjudice moral; mais cet intérêt est aussi sacré qu'un intérêt matériel. Le dol ne peut pas plus léser l'un que l'autre.

Il résulte de ce qui précède que le dol n'agit pas toujours d'une manière uniforme. Conséquemment nous avons à le distinguer dans les diverses parties de la convention qu'il est dans les cas de vicier. Après en avoir recherché la nature, nous en ferons ressortir les effets.

SECTION II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE DOL.

SOMMAIRE

42. Le droit romain distinguait le dol en bon ou mauvais.
43. Exemple d'un dol bon, *dolus bonus.*
44. Cette distinction n'existe plus sous l'empire du Code.
45. Elle a été cependant en quelque sorte conservée pour ce qui concerne la fraude.
46. Le dol ne peut être que personnel. En était-il de même en droit romain ?
47. Opinion de Merlin et de Toullier sur le dol réel.
48. Examen de la doctrine d'Ulpien ; ce jurisconsulte a-t-il admis un dol réel ?
49. En combien d'espèces se divise le dol ?

42. — Le droit romain appelait dol toute simulation, tout artifice à l'aide duquel un acte perdait son véritable caractère, pour en revêtir un ne lui appartenant réellement pas. De là la nécessité de distinguer le dol en bon et mauvais. Ce qui constituait le premier, était non seulement l'absence de toute intention frauduleuse, mais encore, et surtout, le défaut de préjudice.

C'est ce qui se déduit de l'observation de Labéon, rappelée par Ulpien : *Posse et sine dolo malo aliud agi, aliud*

simulari, sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena [1].

Ulpien nous enseigne de plus que le dol licite pouvait exister dans plusieurs circonstances, et que c'est pour enlever tout doute que l'épithète de mauvais avait été ajoutée au mot dol : *Non fuit prætor contentus dolum dicere, sed adjicit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro solertia hoc nomen accipiebant maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* [2].

Dans ces limites, la qualification de bon, donnée au dol, est irréprochable. Les artifices employés contre les ennemis ou les voleurs ne pouvaient certes faire encourir le moindre blâme. Les uns et les autres auraient eu assez mauvaise grâce à se plaindre de ce qu'on avait déjoué leurs projets. Mais il n'en était pas de même relativement à certains actes auxquels on étendait les effets de cette dénomination. Ainsi, on considéra d'abord comme licite, le dol exercé sur le prix de vente des choses mobilières ou immobilières : *In pretio emptionis et venditionis,* disait Pomponius, *naturaliter licet contrahentibus se circumvenire* [3]. Mais cette maxime parut bientôt ce qu'elle était; par trop compromettante; aussi ne tarda-t-on pas à la réduire, dans la pratique, à une portée plus restreinte. On admit que cette faculté n'allait jamais jusqu'à autoriser une lésion énorme; qu'elle ne devait s'entendre que du droit de vendre un peu plus cher ou d'acheter à un prix moindre que ne valait la

[1] L. 1, Dig. § 2, *De dolo malo.*
[2] *Ibid.,* 3.
[3] L. 16. Dig. § 4, *De minoribus* XXV *annis.*

chose, en d'autres termes qu'il était loisible à chacun de rechercher un honnête avantage, *conditionem suam facere meliorem.*

43. — Un exemple ayant le mérite de caractériser le *dolus bonus* et de bien tracer en quoi il diffère du dol mauvais, est l'espèce citée par le jurisconsulte Paul, dans le § 3 de la loi, 19, Dig. *De negotiis gestis.*

« Chargé de faire mes affaires pendant mon absence, vous avez acquis une propriété que vous ne saviez pas m'appartenir : vous l'avez depuis prescrite. Je ne puis en obtenir la restitution par l'action *negotiorum gestorum.*

» Mais si après l'achat, et avant l'accomplissement de la prescription, vous découvrez que la propriété m'appartient, vous devez interposer quelqu'un qui vous en fera la demande en mon nom, et qui, par ce moyen, vous fournira celui de conserver mon bien, et de veiller à vos propres intérêts par l'exercice de l'action en garantie que vous avez contre votre vendeur.

« Cette supposition de personne est ordinairement une fraude. Mais, dans l'espèce, elle n'aura rien de répréhensible : *Nec videris dolum malum facere in hac subjectione, ideo enim hoc facere debes ne actione negotiorum gestorum tenearis.* »

Il y a évidemment dans cette hypothèse défaut de résolution frauduleuse, absence de tout préjudice. En effet, l'action n'est intentée que pour se soustraire à la fraude du vendeur de la chose d'autrui. Le résultat de cette action sera de faire sortir à effet une garantie imposée par la loi elle-même. L'interposition de personne, dans ce double but, est donc on ne peut plus légitime.

Nous avons vu ce qu'était le *dolus malus*, nous avons déjà dit que ce qui le caractérisait en droit romain c'était surtout le *consilium fraudis* et *l'eventus damni*.

44. — Au reste, cette distinction en bon et mauvais était complètement inutile sous l'empire de notre législation. Le mot dol a reçu dans notre langue une acception qui en fixe désormais la nature. Il se prend toujours en mauvaise part. Les ruses contre l'ennemi ou contre les voleurs sont non-seulement un droit, mais encore un devoir, imposé par la légitime défense de sa personne ou de ses biens. D'autre part, les artifices employés pour déterminer l'exécution d'une obligation parfaite sont également exempts de tout reproche et ne sauraient motiver une action quelconque.

Il y a plus, le Code distingue le dol, non seulement de la fraude, mais encore de la surprise, de la supercherie. Ainsi l'art. 1255 permet de revenir contre l'imputation faite par surprise, et l'art 1967 autorise à répéter la dette de jeu acquittée par suite de supercherie.

45. — Mais ce qui n'a plus aucune portée pour le dol, en a conservé une véritable en matière de fraudes. Celles-ci ne sont pas nécessairement illicites. Il en est dont le législateur assure le maintien et l'exécution. La distinction en bonnes ou mauvaises pourrait donc leur convenir, si depuis longtemps on ne les avait qualifiées de licites ou d'illicites, épithètes que le génie de notre langue rend préférables.

46. — Le dol ne peut être que personnel, puisqu'il

ne résulte que de manœuvres donnant naissance à l'erreur et au préjudice. Mais est-il vrai que, par opposition au dol personnel, les Romains eussent admis un dol réel? Merlin et après lui Toullier, et d'autres jurisconsultes recommandables ont admis l'affirmative. Ils la fondent sur ces paroles d'Ulpien : *Et si nullus dolus intervenit stipulantis, sed res ipsa in se dolum habet* [1].

47. — Cette distinction est fortement contestée par ces mêmes jurisconsultes : « Le dol, dit notamment Merlin, vient de la mauvaise foi, et conséquemment toujours de la personne; à la vérité, les choses elles-mêmes peuvent tromper, ou, pour mieux dire, on peut être trompé à l'occasion des choses; mais cette erreur est seulement l'effet de l'ignorance, ou, si c'est l'effet du dol, ce dol ne se trouve pas dans les choses, mais dans la mauvaise foi de celui qui les présente à l'effet de tromper [2].

48. — L'évidente justesse de ces considérations rend de la plus complète invraisemblance qu'elles aient échappé à la sagacité du célèbre jurisconsulte romain. On ne peut pas surtout admettre qu'elles lui aient échappé au point qu'il ait pu enseigner l'existence d'un dol réel. Ulpien n'a-t-il pas dit que ce qui constitue le dol c'est l'emploi, dans le dessein de nuire, de la ruse, de la finesse, de l'artifice? Comment aurait-il donc supposé qu'une chose pût jamais réaliser cet emploi, et concevoir cette volonté de tromper, *consilium fraudis*, élément essentiel du dol?

[1] L. 36, Dig. *De verb. obligat.*

[2] Rép., v° *Dol*, § 1 ; — voy. Toullier, 6, n° 89.

A notre avis donc, Ulpien n'a pas dit autre chose que ce que Merlin dit lui-même, à savoir : qu'on peut être trompé par les choses, mais que, dans ce cas encore, le dol n'est et ne peut être que personnel. Ce qui le prouve, c'est qu'après les mots que nous venons de rapporter, Ulpien ajoute immédiatement : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit quod petit.* Ce qui le prouve mieux encore, c'est ce que ce jurisconsulte nous a déjà dit : *Et quidem illud annotandum est quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quæratur, non in rem, si in ea re dolo malo factum est, sed si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, docere igitur debet is qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum, nec sufficit ei ostendere in re esse dolum* [1].

Ainsi, il ne suffit pas que la chose soit défectueuse pour que le dol existe, il faut qu'il y ait un acte reprochable à celui qui a livré la chose, ou qui veut sciemment abuser de cette défectuosité. Conséquemment, aux yeux d'Ulpien, le dol est toujours personnel, puisqu'il n'existe que par le fait d'une des parties, soit que ce fait vicie le contrat dans son origine, soit qu'il ait pour but de contraindre à une exécution déloyale et injuste : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit quod petit.*

Interpréter ainsi la conduite du poursuivant, était facile en droit romain. L'obtention du jugement était nécessairement précédée de la *litiscontestatio* qui en devenait la base. Or, celle-ci opérait une véritable novation, en substituant au droit primitif le droit résultant de la

[1] L. 2, § 1, Dig. *De doli mali et metus exceptione.*

formule. Dès l'instant que le créancier poursuivait déloyalement l'obtention de celle-ci, il commettait un dol et le droit était censé vicié dans son origine, puisque le dol était en principe la cause de cette obtention.

C'est au reste ce que le § 3 de la loi 2, Dig. *De doli mali et metus exceptione*, explique fort bien : *Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen discendum est eum* CUM LITEM CONTESTATUR *dolo facere qui perseverat ex ea stipulatione petere.*

49. — Le dol ne peut donc être que personnel, nous l'avons déjà dit. Mais il ne procède pas toujours de la même manière et, conséquemment, ne produit pas toujours les mêmes effets. Il est substantiel, lorsqu'il attaque l'acte dans son essence; accidentel, lorsqu'il ne vicie qu'une des clauses du contrat. Substantiel ou accidentel, le dol est direct ou indirect, positif ou négatif. Examinons-le sous ces divers points de vue.

---

§ Ier.

Dol Substantiel ou Accidentel

SOMMAIRE.

50. Quand le dol est-il substantiel ?
51. Effet du dol substantiel.
52. Obligations de celui qui en allègue l'existence.
53. Dol dans le consentement ; quand existera-t-il ?
54. Premier exemple.
55. Deuxième exemple.
56. Troisième exemple.
57. Dol sur la capacité de la partie.
58. Effet de l'incapacité, si le capable l'a connue.
59. *Quid* si elle a été ignorée.
60. Quand cette ignorance pourra-t-elle être utilement invoquée.
61. Dol sur la matière du contrat.
62. Ce dol peut être négatif. — Exemple.
63. Autre exemple du dol sur la matière du contrat.
64. Dol sur la cause du contrat. — Fréquence probable de ce dol ; le but qu'il se proposera.
65. Dans toutes les hypothèses, c'est en définitive le consentement qui sera vicié.
66. Dol accidentel. — Ses caractères.
67. Premier exemple.
68. Second exemple.
69. Ce dol, quant aux qualités de la chose, ne saurait en général être constitué que par des manœuvres.
70. Il en est de même lorsqu'il affecte le prix.
71. La vileté du prix ne fait donc pas supposer nécessairement le dol.
72. Nécessité de la distinction entre la lésion et le dol, pour les ventes mobilières.

73. Le dol exercé sur le prix n'annulera pas la convention.
74. Il en est autrement du dol sur les qualités de la chose.
75. Exemple du dol sur les qualités motivant l'annulation.
76. Autre exemple.
77. Effets du dol sur la qualité dans la vente de choses mobilières et dans les ventes commerciales.

50. — Le dol est substantiel lorsqu'il a pour objet de tromper sur l'une des conditions essentielles du contrat, de créer une erreur sans laquelle il est évident que la partie n'aurait pas traité [1].

51. — L'article 1108 énumère ces conditions. C'est d'abord le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. Les manœuvres à l'aide desquelles on est parvenu à égarer le consentement, à déguiser l'incapacité de la partie, l'absence de tout objet formant la matière du contrat ou celle d'une cause licite, constitue donc le dol substantiel. L'acte ne renferme plus de lien obligatoire : *Colorem habet, substantiam vero nullam* [2].

Mais quelque vicieuse que soit au fond une convention ainsi obtenue, la régularité du titre qui la constate en fait présumer la légalité, en commande même l'exécution, tant que la partie lésée garde le silence. « Un consentement extorqué n'en est pas moins un consentement, et, tant qu'il n'est point attaqué, l'obligation subsiste [3] ».

[1] Art. 1116 du Cod. Civil.
[2] D'Argentré, art. 269, n° 4.
[3] Pothier, *Oblig.* n° 29.

52. — C'est donc à celui qui prétend en être affranchi à prouver devant la justice le vice qu'il lui reproche; à lui, à indiquer en quoi et comment il a été surpris, à justifier les moyens à l'aide desquels on a trompé sa volonté, égaré sa vigilance et créé une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté.

1° Dol dans le Consentement.

53. — Pour être utilement et valablement donné, le consentement doit procéder d'une volonté éclairée et libre, c'est ce qu'enseigne l'art. 1109. Cette liberté d'action et de réflexion n'est jamais appréciée que relativement au contrat attaqué et aux circonstances au milieu desquelles ce contrat s'est réalisé.

Or, si la volonté de traiter a été inspirée par des manœuvres, si ces manœuvres ont le caractère de gravité que nous indiquions tout à l'heure, on devra reconnaître que le consentement n'a pas d'autres motifs que le dol; il n'est pas susceptible dès lors de créer un lien quelconque.

54. — Un exemple de ce dol, cité par la doctrine, est celui-ci : Je possède une maison qui est à votre convenance et que j'ai refusé de vous céder; pour me déterminer à le faire, vous me persuadez qu'un alignement projeté va la faire disparaître en partie. A l'appui de cette allégation, vous mettez sous mes yeux un plan de ce prétendu alignement, dont, dites-vous, votre crédit vous a fait avoir la communication.

La vente que cette communication aura déterminée

sera parfaitement régulière, sous le rapport de la capacité des parties; elle aura un objet certain, une cause licite dans l'obligation. Mais il est évident que le consentement a été vicié dans son essence. Ce qui l'a inspiré, c'est la crainte que la communication du plan, faussement attribué à l'autorité, a fait naître, c'est la fausse supposition de la démolition partielle que ce plan indiquait; sans cette ruse, j'aurais persisté dans le refus que j'avais jusque-là opposé à vos propositions [1].

55. — Il en est de même dans l'hypothèse suivante : nous avons un procès pendant devant un tribunal éloigné, vous me montrez une lettre d'un de vos amis, annonçant que vous avez gagné, tandis qu'il n'en est rien. Feignant ensuite de vouloir éviter les chances d'un appel, vous me proposez de transiger, et vous obtenez ainsi de moi des sacrifices que je n'aurais pas faits sans la fausse persuasion que vous m'avez inspirée.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il y aurait injustice à maintenir l'acte, car l'intention de traiter n'a pas été spontanée et libre. Conséquence de l'artifice et du mensonge, le consentement doit perdre tous ses effets par la preuve acquise de l'un et de l'autre.

56. — Les manœuvres employées pour persuader l'existence d'un danger chimérique, dans le but de se présenter comme en ayant préservé celui qui en était menacé, et obtenir de lui la rémunération de ce prétendu service, constitueraient un dol dans le consentement. L'acte de

[1] Rolland de Villargues, v° *Dol*, n° 27

rémunération n'aurait donc aucune valeur légale, et devrait être anéanti sur la demande du souscripteur.

En résumé, il y a dol sur le consentement toutes les fois que la volonté de traiter n'a pas précédé le contrat; qu'elle n'est née qu'au moment même du contrat et à son occasion; qu'elle n'est que la conséquence de l'erreur, résultant des manœuvres frauduleuses employées pour la faire naître.

2° *Dol sur la capacité de la partie.*

57. — Il importe à chacun de ne contracter qu'avec des personnes capables. L'avenir du contrat, les devoirs et les obligations qui en naissent réciproquement tiennent à cette condition, l'incapacité de la partie devant amener nécessairement la nullité, en ce qui la concerne.

58. — Ainsi les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne peuvent valablement s'engager; ils seront déliés du traité qu'ils ont souscrit; alors même que ce traité aurait déjà reçu son exécution dans la partie qui leur est avantageuse.

Qu'il puisse en être ainsi pour celui qui a connu l'incapacité de celui avec qui il contracte, on le comprend, *Volenti non fit injuria*. L'incapacité donnait à l'acte un caractère aléatoire qu'il a plu au créancier de braver. De quoi se plaindrait-il si, la chance de mauvaise foi se réalisant, l'incapable faisait prononcer la nullité de son engagement? C'est, dans ce sens, que l'art. 1125 prohibe aux parties capables le droit d'opposer l'incapacité de celle avec laquelle ils ont contracté.

59. — Mais la solution doit être tout autre, lorsque la capacité de la partie a été supposée, et que cette supposition n'est que la conséquence des manœuvres pratiquées par elle. Mais il ne suffirait pas, dans cas, que la partie eût dissimulé son état civil, ou qu'elle se fût bornée à alléguer sa prétendue capacité. Chacun doit s'assurer de la condition de celui avec qui il traite, et ce devoir est complètement négligé par celui qui, se contentant d'une déclaration, ne se met nullement en peine d'en vérifier la sincérité et l'exactitude.

Dans cette hypothèse, il faudrait dire avec Pothier que : dans le for extérieur, on ne peut être admis à se plaindre de ces légères atteintes données à la bonne foi, il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas d'être rescindées. D'ailleurs, ici, le préjudice est autant imputable à l'incurie du créancier qu'au mensonge du débiteur. La loi, voulant protéger celui qui est trompé, ne devait aucune faveur à celui qui se trompe lui-même.

60. — Pour que la dissimulation de l'incapacité soit utilement invoquée, il faut donc que l'ignorance de celui qui se plaint soit le résultat d'un véritable dol, c'est-à-dire de manœuvres ne permettant pas de rechercher et de découvrir la vérité. C'est ce qui se réaliserait si l'allégation de la capacité avait été appuyée de documents faux ou altérés, de renseignements supposés, de pièces fabriquées, sans que celui qui les a acceptées ait pu soupçonner leur inexactitude.

3° Dol sur l'objet faisant la matière du contrat.

61. — Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire [1]. C'est en échange de cette obligation, que l'autre partie s'engage de son côté à payer ou à donner l'équivalent de ce qui lui est promis.

Le dol, exercé sur l'objet de la convention, est donc substantiel, il fait disparaître toute validité. Comment en effet, exécuter un acte sans équivalent réel de la part d'une des parties?

62. — Ajoutons qu'à cet égard, le dol peut être négatif et ne consister que dans la dissimulation frauduleuse du vice dont la chose est atteinte. Ainsi, un marchand possède un animal infecté d'un vice rédhibitoire, il le sait atteint d'une maladie contagieuse, cependant il le présente à la vente, et il le vend comme s'il était sain. Cette conduite est un véritable dol, parce que la dissimulation de la maladie constitue la violation d'un devoir formellement imposé par la loi, qui la punit d'une peine correctionnelle [2].

63. — Il y aurait dol sur la matière du contrat, et ce dol résulterait de manœuvres dans l'hypothèse suivante : un propriétaire d'une maison en ruines y fait faire de ces réparations superficielles qui, sans porter remède au mal, empêchent de l'apercevoir. Il la vend ensuite sans avertir

[1] Art. 1126 Cod. civ.
[2] Art. 459 Cod. pén.

l'acquéreur de l'état réel, et, pour un prix égal à celui qu'elle eût produit si elle eût été en bon état. Il profite donc de l'illusion qu'il a su créer, car, en réalité, il n'offre pas l'équivalent de ce qu'il reçoit. L'acquéreur est trompé par l'exécution des réparations, véritables manœuvres constituant un dol dommageable.

D'autre fois, les manœuvres ont pour objet de tromper sur l'existence même de la chose promise, de persuader de la vérité et de la certitude d'un fait n'ayant jamais rien eu de réel, ou ayant cessé d'exister au moment même où il est affirmé. Dans ce cas, comme dans les précédents, le dol sera substantiel, puisqu'il privera le contrat d'une des conditions indispensables à sa validité.

4° Dol sur la cause du contrat.

64. — Un contrat ne saurait exister sans cause; aussi l'art. 1131 dispose-t-il que l'obligation sans cause, ou sur une cause fausse, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

C'est surtout sur la cause du contrat, que s'exercera le dol. On ne comprendrait guère, en effet, qu'il fallut recourir à la ruse et au mensonge, si le traité obtenu avait une cause légitime.

Le but que se proposera le dol, sera donc ou de tromper sur la cause même, ou de déguiser la fausseté ou l'illégalité de celle sur laquelle repose le contrat. Mais la preuve de son existence produira, dans l'un et l'autre cas, un résultat analogue.

65. — Au reste, il est facile de se convaincre que,

dans chacune des hypothèses que nous venons de parcourir, c'est en définitive le consentement que le dol affecte. En effet, que ce consentement ait été lui-même surpris et arraché, qu'il ait été donné dans l'ignorance de l'incapacité de la partie, ou dans la croyance inférée d'une juste cause, ou dans la fausse persuasion de l'existence d'un légitime équivalent, il n'y a pas de consentement tel que le désire la loi. Il est certain que, dans tous ces cas, la vérité connue eût mis obstacle au traité, la justice en exigeait donc la nullité, et cette nullité, édictée par l'art. 1116 du Code civil, sera, dans tous les cas, la conséquence du dol substantiel.

66. — Le dol accidentel est celui qui s'exerce sur une des conditions accessoires du contrat, c'est-à-dire sur la qualité de la chose ou sur le prix. Ce dol n'exclut pas chez la partie la volonté de traiter; au contraire, il suppose nécessairement cette pensée, puisqu'il ne se réalise que dans l'exécution qu'elle reçoit. Il est donc certain que le traité eût été consenti indépendamment du dol. Seulement, sans ce dol, il eût été plus avantageux [1].

67. — « Supposez, qu'en me vendant votre maison, vous m'ayez vendu nommément le puits en dépendant, sans me dire que ce puits était commun à la maison voisine. Si je découvre ensuite que j'ai été trompé sur cet article, ceci n'empêchera pas que la vente de la maison ne tienne. Je comptais bien, à la vérité, que le puits ainsi que la maison m'appartiendrait en entier, mais je ne peux pas dire que la connaissance qu'on m'eût

[1] Toullier, t. VI, n° 91.

donnée du droit, qu'avait le propriétaire de la maison voisine, de se servir de ce puits, m'eût empêché d'acheter la maison [1] ».

68. — Dans le premier exemple de dol substantiel que nous avons donné, il n'y aurait plus qu'un dol accidentel, si vous proposant moi-même d'acheter ma maison, vous n'aviez parlé de l'alignement prétendu, que pour l'obtenir à un prix inférieur à sa valeur réelle.

69. — C'est surtout pour le dol accidentel qu'il convient de se rappeler que le dol n'existe qu'autant qu'il a été pratiqué des manœuvres dans l'intention de tromper. Les défectuosités de la chose, ayant fait la matière du contrat, ne donnent pas, par elles-mêmes, ouverture à l'action en dol, si celui qui l'a transmise les a ignorées, ou s'il n'a rien fait pour les dissimuler [2]. Si le réceptionnaire en éprouve un préjudice, il doit obtenir une juste réparation, Mais les limites dans lesquelles cette réparation devra se restreindre seront d'autant plus étroites, que la bonne foi de celui qui la doit sera d'autant plus certaine.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Dol*, n° 3.

*[2] Selon MM. Aubry et Rau, le fait de l'un des contractants de dissimuler ou d'atténuer les défauts de la chose qui doit faire l'objet de la convention, ou de lui attribuer des qualités qu'elle n'a pas, ne constitue pas un dol, même simplement incident, de nature à motiver une demande en dommages-intérêts, si ce fait n'a été accompagné, ni de moyens frauduleux employés pour induire l'autre partie en erreur, ou pour l'empêcher d'examiner la chose, ni d'affirmations précises présentant un caractère exceptionnel de tromperie (vol. IV, § 343 *bis*, p. 302). Voy. les auteurs et arrêts qu'ils indiquent, à la note 23, *loc. cit.*

70. — Il en est de même, si le dol a porté sur le prix. La vileté du prix n'est constitutive du dol que si elle est le produit de manœuvres reprochables à l'acquéreur et tendant à abuser le vendeur sur la véritable valeur de ce qu'il vend. Hors de là, il peut exister une lésion plus ou moins forte, et par conséquent application possible de l'art. 1674 du Code civil, mais toute action pour dol serait inadmissible.

Cela serait vrai, alors même que l'acheteur eût affirmé que la chose ne valait pas plus que ce qu'il en a donné. C'est, pour des affirmations de cette nature, qu'on peut dire : *Licet contrahentibus se circumvenire,* car le mal a son remède à côté de lui. En effet, la prudence fait un devoir au vendeur de se méfier des allégations intéressées de l'acheteur, de ne les apprécier que ce qu'elles valent, ce qu'il peut faire avec d'autant plus de facilité, qu'il doit connaître la valeur réelle de la chose qu'il possède. L'erreur dans laquelle il serait volontairement tombé ne saurait lui donner le droit de se plaindre. Cette erreur ne serait dolosive que si elle s'était produite par des moyens devant nécessairement l'entraîner. Conséquemment, si tout se borne à une prétention qu'on a pu et dû discuter, la vente ne saurait recevoir aucune atteinte, sauf l'application de l'art. 1674, si la lésion avait atteint les proportions requises.

C'est ainsi que le décidait le droit romain, comme nous l'apprennent ces paroles d'Ulpien : *Si quis adfirmaverit minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio cum ex vendito sufficiat, si autem mihi persuaseris ut repudiem hereditatem quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum quasi melior eo*

in familia non sit, dico de dolo dandam actionem si callide hoc feceris [1].

71. — Ainsi, la vileté du prix n'est pas une conséquence nécessaire du dol, et ne le fait pas supposer. Son existence doit donc être considérée sous un double rapport. Dans l'un, elle donne naissance à l'action en lésion, si elle est le produit d'une simple erreur; dans l'autre, elle autorise l'action en dol, si l'erreur a été déterminée par des manœuvres ou artifices. Cette dernière action est plus avantageuse que la première, car celle-ci exige un préjudice considérable, tandis que celle-là peut se fonder sur la lésion la plus minime. Cette différence dans les résultats s'explique par la nature distincte de chacune de ces actions qu'on ne saurait confondre sans injustice.

72. — Si la distinction entre la lésion et le dol est essentielle en matière de vente immobilière, elle l'est à bien plus forte raison pour les choses mobilières. Pour ce qui concerne celles-ci, l'action en rescision pour lésion n'étant pas admise, le préjudice, quel qu'il soit, restera pour le compte du vendeur, à moins qu'il ne justifie qu'il est victime d'un dol. Les caractères constitutifs de celui-ci acquièrent donc, en cette matière, une portée d'une plus haute importance.

73. — Le dol exercé sur le prix n'ayant nullement pesé sur la volonté de traiter, ses effets n'iront jamais jusqu'à faire prononcer la nullité de l'acte : Le but que doit se proposer le demandeur, c'est la réparation du

[1] L. 9, Dig. *De dolo malo.*

préjudice qu'il éprouve, c'est ce qu'il obtiendra par une détermination plus juste du prix. Cette réparation remet chaque partie à sa place naturelle, tout en laissant subsister ce qu'il a été dans leur intention formelle d'accomplir.

74. — Il n'en est pas de même du dol accidentel sur la qualité de la chose. Ce dol peut avoir des proportions telles qu'on doive l'assimiler au dol substantiel, en ce sens que, sans son emploi, le traité n'aurait pas eu lieu.

75. — « Vous me vendez une maison que je croyais acheter comme étant une maison sûre, commode, bien éclairée, pour le genre de commerce dont je fais profession. Point du tout; après la vente consommée, un voisin me fait signifier que vous lui avez tout récemment accordé un droit de passage par l'un de vos appartements, la faculté d'ouvrir des vues sur votre maison, de masquer vos jours, etc... Dans ce cas, il est visible que je suis fondé, non pas simplement à prétendre une indemnité pour toutes ces servitudes, mais à demander que le contrat soit rescindé dans sa totalité; qu'en conséquence, vous soyez contraint à me restituer le prix de vente que je puis vous avoir payé; que je sois déchargé de celui que je vous dois encore; et, de plus, que vous soyez condamné à des dommages-intérêts, résultant du tort que vous m'avez causé pour m'avoir induit en erreur. Car, en achetant votre maison, je comptais avoir une maison sûre, libre, telle que je l'apercevais et telle qu'il me la fallait pour mon commerce, et non pas une maison chargée de servitudes et notamment d'un passage. »

76. — « Il en serait de même si vous m'aviez vendu cette maison dans sa totalité, tandis que vous n'étiez propriétaire que d'une partie. C'était la maison entière que je voulais acheter et non simplement ce qui vous en appartenait [1] ».

Evidemment, dans ces deux espèces, le dol est accidentel par son objet, mais sa gravité est telle, qu'il est certain que la partie, quelle que fut d'ailleurs son intention, n'aurait pas donné suite à son projet, si elle avait connu la vérité. Il est donc juste de lui permettre de revenir contre son engagement et de briser un acte qui n'est plus en relation avec ses intentions. »

77. — Dans la vente des choses mobilières, le dol sur la qualité équivaut au dol substantiel et en produit les effets. Dans les affaires commerciales surtout, c'est la qualité de la denrée qui forme le plus ordinairement la matière de la vente, dès lors le dol, portant sur la matière même du contrat, aurait pour conséquence son annulation.

Si la chose achetée était un objet certain, accepté après avoir été examiné et choisi, l'infériorité de la qualité, déguisée à l'aide de manœuvres ou artifices, ne constituerait plus qu'un dol accidentel.

Il résulte, de ce qui précède, qu'il n'y a véritablement dol accidentel qu'aux deux conditions suivantes : 1° que l'erreur créée par les manœuvres frauduleuses ait porté sur une qualité de la chose ou sur le prix : 2° que la qualité dissimulée ne soit pas d'une nature telle que sa connaissance eût infailliblement empêché le contrat. La première de ces conditions est facilement appréciable : la seconde est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Dol*, n° 3.

§ II.

Dol Direct ou Indirect.

SOMMAIRE.

78. Le dol direct est celui imputable à la partie elle-même.
79. Dans quelle catégorie doit-on placer le dol du mandataire ?
80. Doctrine du droit romain sur le mandataire institué ou légal.
81. Sous l'empire du Code, le mandant répond même des dommages-intérêts dus au plaignant.
82. Il n'en est pas de même du mineur et autres incapables ; pour eux tout se borne à la restitution du bénéfice illégitime.
83. Arrêt de la Cour de Grenoble contre un mineur.
84. Caractère du dol indirect. — Exemples.
85. La parenté entre l'auteur du dol et la partie en profitant ne change pas la nature du dol. — Mais elle peut influer sur la question de complicité par connaissance.
86. Effets de la complicité, quelle quelle soit.
87. Arrêt notable de la Cour d'Agen.
88. Caractère juridique de cet arrêt.

78. — Le dol est direct toutes les fois qu'il est imputable à la partie contractante, c'est celui que prévoit l'art. 1116 du Code civil. C'est ce dol que les Romains appelaient personnel, qualification depuis consacrée par une doctrine constante.

Mais le dol, quoique non imputable à la partie personnellement, est quelquefois susceptible de produire les effets du dol direct. C'est ce qui se réalise lorsque

cette partie, non présente à l'acte, y a stipulé par le ministère d'un tiers.

79. — On connaît la maxime *qui mandat ipse fecisse videtur*; de là cette conséquence que le dol consommé par le mandataire est présumé l'œuvre du mandant, avec d'autant plus de raison que ce dernier profitera seul des avantages en provenant. Admettre qu'il pût, dans un cas quelconque, retenir ces avantages, serait encourager la fraude et donner naissance aux plus graves abus. La décision contraire, plus conforme d'ailleurs à la morale et à la justice, doit être accueillie sans hésitation [1].

80. — C'est ce qu'avait fait la législation romaine : *Si is procurator sit, cui omnium bonorum administratio concessa de omni dolo ejus excipi posse.* Ainsi le dol du représentant rejaillissait contre le représenté. Il en était de même de celui de l'esclave contre son maître, de celui des personnes placées sous sa dépendance contre celui dont elles dépendaient.

La rigueur du principe atteignait même le mineur qu'on déclarait responsable du dol de son tuteur : *Dicendum sive quis emerit à tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit. et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debet* [2].

81. — Nos lois actuelles ne pouvaient déroger à de

[1] L. 4, § 17 et 18, Dig. *De doli mali et metus except.*
[2] L. 4, § 23, Dig. *De doli mali et metus except.*

tels principes. Aussi doit-on encore admettre que le dol, non-seulement du mandataire général, mais encore du mandataire particulier, dans ce qui fait l'objet du mandat, ne saurait profiter au mandant. Dès lors on sera recevable à poursuivre contre celui-ci la réparation due à celui qui a été trompé.

Cette réparation comprend, outre la nullité de l'acte, les dommages-intérêts couvrant le préjudice souffert. On arrive à cette décision, non pas seulement par les principes relatifs à la responsabilité du mandant, mais encore par application de l'art. 1382. Le dol est ici la conséquence directe du mandat; or, il y a faute de la part de celui qui a donné ses pouvoirs à quelqu'un capable de recourir au dol, et cette faute ayant occasionné un préjudice, l'auteur en doit la réparation, sauf son recours contre le mandataire [1].

82. — Quant aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées, ils ne peuvent non plus profiter du dol commis par leur représentant légal. Mais, par rapport à eux, tout doit se réduire à la restitution du bénéfice acquis illégitimement, sans qu'ils puissent être jamais passibles d'aucuns dommages-intérêts. La raison en est que, par rapport à eux, il s'agit d'un mandat purement légal dont ils doivent subir les effets, et qu'ils ne peuvent ni rétracter

* [1] Le dol commis par le mandataire conventionnel ou légal de l'une des parties contractantes est censé avoir été commis par la partie elle-même, en ce qui touche la recevabilité de l'action en nullité dirigée contre la convention. Quant aux dommages-intérêts réclamés au représenté à raison du dol commis par le mandataire, *voy.* Duranton X,186; Larombière, I, art. 1116, nº 10; Demolombe, XXIV, 187; Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, note 28, p. 303.

ni empêcher. Or, s'il est juste de leur prohiber de s'enrichir par la mauvaise foi de leur représentant, il ne le serait à aucun titre de permettre que leur patrimoine personnel eût à souffrir des conséquences de cette mauvaise foi [1].

83. — La Cour d'appel de Grenoble a eu à faire l'application au mineur des principes ci-dessus, dans l'espèce que voici :

Un sieur Perrin avait donné un immeuble à son petit-fils. La donation avait été acceptée, pour celui-ci, par son père, fils du donateur.

Plus de dix ans après la transcription, le donataire poursuit la radiation des inscriptions grevant l'immeuble donné du chef de son aïeul. Cette demande était fondée sur l'art. 2265 du Code civil.

Le créancier contesté soutient que la donation a été faite en fraude de ses droits, il en demande en conséquence la nullité. Le mineur répond qu'il était, lui, incapable de mauvaise foi au moment de la donation, et que, conséquemment, rien ne s'est opposé à la prescription décennale.

Mais la Cour, convaincue que la donation n'avait eu, de la part de Perrin, donateur, et de Perrin, père du donataire, d'autre objet que celui de se soustraire au paiement d'une dette légitime, a annulé la donation et maintenu l'hypothèque attaquée.

* [1] Le mineur n'est pas responsable du dol commis par le tuteur dans l'administration de la tutelle, sauf aux tiers lésés à agir contre le mineur par l'action de *in rem verso*, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouverait enrichi. *Voy.* Demolombe, VIII, 127; Aubry et Rau, I, § 115, p. 469; Req. 24 nov. 1841; Sir. 42. 1. 158.

« Attendu, porte l'arrêt, que l'art. 2265 du Code civil n'introduit le bénéfice de la prescription de dix ans d'un immeuble, en faveur du propriétaire, que lorsqu'il a été acquis de bonne foi et par juste titre... ; que toutes les circonstances donnent lieu de suspecter la bonne foi du grand-père, donateur, et de son fils, acceptant pour le petit-fils mineur, d'où l'on peut tirer la conséquence que cet acte de donation à cette époque paraît avoir eu pour but, de la part du grand-père Perrin et de son fils, de se soustraire au paiement de leurs dettes, et que par suite, la prescription de dix ans n'a pu profiter à Perrin, petit-fils, au préjudice d'un légitime créancier [1]. »

Ainsi, il y a dol direct toutes les fois que les manœuvres sont imputables à la partie, soit qu'elle les ait exécutées personnellement, soit que représentée par un mandataire, celui-ci les ait employées dans l'intérêt du mandant.

84. — Le dol est indirect lorsque la partie appelée à en profiter est restée étrangère à sa perpétration. Il se réalise toutes les fois que, sans contracter avec une personne, on la détermine, par des artifices ou réticences frauduleuses, à faire une chose contraire à ses intérêts [2].

Ainsi, si vous m'avez persuadé faussement, et par de mauvaises voies, qu'une succession était insolvable et que vous m'ayez déterminé à y renoncer.

Ou bien si, sachant queal fortune d'un autre était dérangée, vous m'ayez fait croire le contraire, en employant les mêmes voies, dans l'intention de me tromper [3].

[1] 2 mars 1825, D. P., 25, 2, 191.

[2] Toullier, tom. IX, nos 163, 192.

[3] Rolland de Villargues, vo *Dol*, nos 10 et 11.

85. — Le dol ne cesse pas d'être indirect dès qu'il n'a pas été employé par la partie ou par son représentant, quel que soit d'ailleurs le degré de parenté ou d'alliance entre cette partie et l'auteur du dol. On comprend, au reste, que ce degré de parenté ou d'alliance ne sera pas sans influence sur l'appréciation de la complicité reprochée à celui qui profite du dol.

Il importe, en effet, de remarquer qu'il ne suffit pas à la partie de prouver qu'elle n'a matériellement coopéré en rien aux manœuvres constituant le dol. Il faut encore qu'elle n'en ait eu aucune connaissance. Cette connaissance, au moment du contrat, la rendrait complice et convertirait le dol du tiers en dol direct. Or, cette connaissance sera bien plus facilement présumée entre proches parents qu'entre personnes étrangères les unes aux autres.

86. — La complicité résultant, soit d'une coopération active, soit d'une collusion, soit de la connaissance du dol au moment du contrat, étant prouvée, le dol devient direct et produit tous les effets attachés à celui-ci. Ainsi, et suivant l'espèce, la convention est résiliée ou maintenue avec dommages-intérêts.

87. — A l'appui de cette doctrine, nous citerons un arrêt de la Cour d'Agen, qui nous paraît s'être exactement conformée à l'esprit du législateur.

En 1827, Vendrias vend, par acte public, un moulin à Mercié. Quand celui-ci veut se mettre en possession, Cassaigne, qui possédait déjà ce moulin comme l'ayant acheté, exhibe un acte sous seing privé portant une date antérieure, mais enregistré seulement depuis la vente

faite à Mercié. Il ajoute qu'il n'est que le renouvellement d'un acte antérieur de plusieurs années; qu'ainsi, la propriété réside sur sa tête.

Mercié répond que, vis-à-vis de lui, l'acte n'a date certaine que du jour de l'enregistrement, et que le contrat public doit l'emporter.

Cassaigne réplique que cette présomption d'antériorité cesse en cas de dol; que Mercié connaissait la vente sous seing privé; qu'il s'est rendu complice d'un fait de stellionat; qu'il ne peut, dès lors, se dire un tiers dans une œuvre de fraude qui lui est propre et qui, bien que non réprimée par la loi pénale, constitue un délit moral susceptible de preuve; et qu'il offre de prouver, ainsi que la vente sous seing privé, sa possession et les réparations par lui faites.

Mercié invoque l'art. 1328 du Code civil. Il soutient qu'on n'est pas admissible à proposer des preuves contre la présomption légale de cet article; que, dès lors, toutes les preuves offertes, même celle tendant à établir sa connaissance personnelle de l'acte sous seing privé, doivent être rejetées.

Mais la Cour, ne s'arrêtant pas à cette fin de non-recevoir, admit la preuve par les motifs suivants :

« Attendu que le dol et la fraude font exception à toutes les règles; que s'il était justifié que, lors de la vente consentie par Vendrias à Mercié, celui-ci avait une connaissance parfaite d'une vente antérieure faite par Vendrias à Cassaigne, il aurait existé alors un concert frauduleux entre Vendrias et Mercié pour porter préjudice aux droits acquis par Cassaigne; que les faits articulés par celui-ci sont tous de nature à fournir

cette preuve ; qu'étant concluants, ils doivent être admis[1] ».

88. — Sous le rapport juridique, cet arrêt nous paraît inattaquable. Les principes sur le dol et la fraude sont bien tels que la Cour les vise, et leur application au fait est naturelle et légale. Qu'importe qu'il s'agisse du dol d'un tiers, si la partie, s'associant à ce dol, en a assumé sur sa tête la complicité.

Ajoutons qu'il y a une égale déloyauté à créer soi-même le dol ou à se prêter à la consommation de celui imaginé par un tiers. Dès lors, celui qui, dans un intérêt personnel, a aidé à celle-ci, est passible de la même responsabilité que le tiers lui-même et doit être puni comme lui.

[1] 12 mai 1830.

§ III.

Dol Positif ou Négatif.

SOMMAIRE

89. Caractère du dol positif.
90. Il se produit par paroles ou par actions.
91. Difficulté de l'apprécier dans le premier cas.
92. Ce qui atténue cette difficulté, c'est que le plus souvent le mensonge est appuyé sur des manœuvres. — Exemple tiré d'un dol substantiel.
93. Appréciation et conséquence du mensonge employé.
94. Caractères du dol négatif. — Exemple.
95. Ces caractères avaient été relevés par le droit romain et par notre droit ancien.
96. Si le principe est certain, son application est fort délicate.
97. Exemple fourni par un arrêt de la Cour de Rennes, confirmé par la Cour de cassation.
98. Autre exemple fort remarquable jugé par la Cour de Poitiers et par la Cour de cassation.
99. Conséquences à déduire de cette jurisprudence.
100. Espèces de dol négatif consacrées par l'art. 348 du Code de commerce.

89. — Le dol est positif lorsqu'à l'aide d'une simulation active on persuade l'existence de faits chimériques, à l'effet de déterminer un consentement qui, sans l'emploi de ce moyen, eût été refusé, ou de parvenir à faire illusion sur la condition des personnes ou sur les qualités de la chose.

90. — Le dol positif se produit par parole ou par action. Dans le premier cas, il est caractérisé par le mensonge; dans le second, par les manœuvres, machinations, artifices, déguisements employés pour tromper, induire ou entretenir dans l'erreur celui qu'on veut circonvenir [1].

91. — La première espèce est ordinairement d'une appréciation fort délicate. Nous avons déjà dit que les seuls mensonges qui puissent être assimilés au dol sont ceux qui s'écartent ouvertement de la bonne foi et qui en blessent trop évidemment les principes. A quelles conditions reconnaîtra-t-on ces caractères? Lorsqu'il s'agit de l'allégation d'un fait faux, la partie trompée a pu, quelque grave qu'ait été le mensonge, en vérifier l'existence, en demander la preuve. Si elle a failli à ce devoir, elle s'est constituée en état flagrant d'imprudence, et, on le sait, l'imprudence exclut la possibilité de se plaindre du dol.

92. — Mais ce qui atténue la difficulté que nous signalons, c'est que le dol dont nous nous occupons se produit rarement à l'état de simple et pure allégation; presque toujours, en effet, cette allégation s'appuie sur des documents qui en rendent l'existence vraisemblable [2].

Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné du dol sur le consentement [3], il est question d'un dol positif par paroles, c'est l'annonce d'un alignement prochain qui

[1] Toullier, tom. IX, n° 170.

[2] Cass, 7 août 1837, D. P, 37, 1, 458.

[3] Voy, *supra* n° 54.

détermine la vente. Il y a donc véritablement mensonge, cet alignement n'existant pas même en état de projet.

On comprend cependant que, quelque blâmable que soit un pareil moyen, il ne saurait par lui-même constituer un dol punissable. On objecterait avec raison, à celui qui s'en plaindrait, qu'il devait, avant de s'engager, s'enquérir de la réalité de celui qu'on lui faisait entrevoir.

Mais lorsqu'à ce mensonge l'acquéreur a joint la production d'un plan justifiant l'alignement projeté, plan qu'il disait être l'œuvre de l'autorité et dont celle-ci avait bien voulu lui donner communication, il n'y a plus à hésiter, car le vendeur a pu croire toute vérification ultérieure inutile. Il a été fondé à admettre que leur resultat n'aboutirait qu'à celui qui lui était annoncé. On ne saurait donc lui reprocher de s'en être abstenu.

On ne saurait, en effet, pousser à l'excès l'obligation pour une partie de vérifier les faits sur lesquels s'appuie l'autre partie. Celui qui traite de bonne foi peut et doit admettre chez les autres la même bonne foi. Si l'on croyait toujours au dol et à la fraude, les transactions deviendraient extrêmement difficiles.

C'est dans ces idées qu'il faut apprécier la conduite de celui qui se prétend victime d'un dol; et, s'il est vrai que sa volonté n'a été entraînée que par le mensonge et la ruse, on ne saurait méconnaître ses droits à juste réparation.

On voit par cet exemple ce qui caractérise le dol positif par paroles : c'est la réunion du mensonge, rendu probable par les documents qui l'appuient et le corroborent. C'est dans ces termes qu'il se produira le plus souvent.

93.— Au reste, si le mensonge seul est rarement dans le cas de constituer le dol, la preuve acquise de son existence, sa gravité, ses conséquences nécessaires pourraient, dans certains cas, constituer l'erreur prévue par la loi, donnant matière à la résiliation du contrat.

94. — Il y a dol négatif ou par réticence lorsqu'on tait ou qu'on dissimule un fait dont la connaissance importe à l'autre partie et eût empêché la confection du contrat.

Celui qui vend un animal atteint d'un vice rédhibitoire, dont il connaît l'existence, sans la déclarer, commet un véritable dol négatif. Il en est de même de celui qui vend un immeuble dont il sait que la démolition est ordonnée, par l'autorité, et qui le laisse ignorer à l'acquéreur.

95. — Ce dol est parfaitement admis en droit romain : *Dolum malum a se abesse venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose dissimulat* [1].

Notre droit ancien avait admis la même doctrine; on la trouve exposée avec soin dans les ouvrages de l'illustre Pothier [2].

96. — Aujourd'hui le principe en lui-même ne saurait souffrir la moindre difficulté; il n'en est pas de même dans son application. La question de savoir à quels

[1] L. 43, Dig. *De contr. empt.*

[2] Voy, notamment *Traité de la vente*, nos 234 et suiv.

caractères on reconnaîtra la réticence frauduleuse, surtout lorsqu'il s'agira des qualités de la chose, peut présenter des doutes sérieux. Il est, en effet, des éclaircissements qu'aucune loi n'oblige de donner. C'est à celui qui y a intérêt à se les procurer, soit par lui-même, soit par l'entremise des gens experts dont il doit invoquer et employer les connaissances.

C'est sans doute pour concilier toutes choses que la loi a constitué les magistrats appréciateurs souverains de la nature, de la gravité et des conséquences de la réticence signalée à leur justice. Quelle qu'elle soit, leur décision sur ce point échappe à toute censure.

97. — C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1838, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, du 29 août 1837.

Or cet arrêt décidait que le silence gardé par un créancier connaissant le mauvais état des affaires d'une succession, lorsqu'en sa présence on annonçait aux héritiers que la succession offrait un actif important, déclaration qui a déterminé ceux-ci à accepter purement et simplement, a pu constituer un dol au moins par réticence, lequel donne aux héritiers le droit de se faire restituer contre leur acceptation [1].

98. — Déjà la Cour de cassation avait, par un arrêt précédent, considéré comme dol négatif la conduite d'un plaideur qui, par les qualités qu'il prend et le mode de défense qu'il adopte, entretient à dessein son adversaire

[1] D. P., 39, 1, 40.

dans une erreur qui finit par être funeste, en opérant une prescription; qu'on devait en conséquence déclarer ce plaideur coupable d'un véritable dol et passible des dommages-intérêts résultant de l'erreur qu'il a entretenue, et dont il a profité.

Voici l'espèce sur laquelle est intervenue cette remarquable décision :

« En 1762, décès de l'abbé Masson. Il lègue à la dame Pivert, sa gouvernante, les domaines de la *Birotière* et de la *Gaillotière*. Le testament reste inconnu. Ses héritiers naturels s'emparent de la succession; cèdent, retrocèdent; bref, en 1785, il se fait un partage par lequel le domaine de la *Birotière* échoit à un sieur Masson, et celui de la *Gaillotière* à un sieur Chessé.

» Le 14 juillet 1791, les époux Gilbert, représentants de la dame Pivert, ayant connu le testament, assignèrent au Tribunal du district des Sables-d'Olonne, les deux frères Masson, qui seuls paraissaient en possession de toute l'hérédité :

» 1° Pour voir dire et ordonner que la donation faite à la dame Pivert sera aux charges de droit;

» 2° Pour se voir condamner à délivrer aux requérants les choses à eux léguées.

» Le sieur Louis Masson répondit qu'il n'était pas seul héritier. Pressé de faire connaître ses cohéritiers, il en indiqua un grand nombre.

» Les Gilbert, par exploits des 18, 20 et 23 juin 1792, citent en conciliation quinze héritiers qu'on leur avait indiqués. Les assignés répondent qu'ils ont cédé leurs droits successifs au sieur Louis Masson, lequel, au moyen de cette cession, est resté possesseur des domaines dépendant de la succession, et s'est obligé formelle-

ment, envers les comparants et autres cohéritiers, à les garantir de tous événements qui pourraient résulter de cette succession.

» Traduits devant le Tribunal, tous font défaut, à la réserve néanmoins d'un sieur Masson du Gert et d'une dame Thérèse Masson, qui, de concert avec Louis Masson, et quoique sans intérêt, puisqu'ils avaient cédé leurs droits successifs, répondirent qu'ils ne pouvaient s'expliquer, tant sur la forme qu'au fond, sans que tous les héritiers, dont ils donnent une liste nombreuse, aient été mis en cause, attendu que leur défense est commune.

» Après cela, Louis Masson prétendit que le testateur n'avait pas la propriété des choses léguées.

» Masson prétendit encore que le testament était nul; enfin lui et son frère, dont il a depuis hérité, furent condamnés par forclusion, le 19 avril 1794, à exécuter le testament et à délivrer aux mariés Gilbert les métairies de la *Birotière* et de la *Gaillotière*.

Appel. — 23 prairial an XII, arrêt de la Cour d'appel de Poitiers qui entérine le testament, ordonne que Louis Masson, pour la partie qui le concerne, fera délivrance aux Gilbert des métairies de la *Birotière* et de la *Gaillotière*, avec restitution des fruits.

» Sur l'exécution de cet arrêt, nouvelles difficultés de Louis Masson. L'incident est porté devant la Cour d'appel. Enfin Masson signifie, le 7 frimaire an XIV, un acte authentique du 1er juin 1785, jusque là tenu secret, duquel il résulte que Chessé, par suite d'achat de la portion de quelques-uns des héritiers, était en possession du domaine de la *Gaillotière*.

» Après le règlement de cet incident, Masson restitue

la *Birotière*. Alors Chessé forme tierce-opposition à l'arrêt de l'an XII, au chef qui ordonnait la restitution de la *Gaillotière*, il appelle devant la Cour tant les Gilbert que Louis Masson.

» La tierce-opposition de Chessé était fondée sur la prescription décennale. L'acquisition de cette prescription n'était due qu'au silence gardé, pendant l'instance, par Masson, et aux manœuvres auxquelles il avait eu recours dans sa défense. Aussi les Gilbert, après avoir repoussé le moyen invoqué par Chessé, demandaient-ils subsidiairement que Masson fût déclaré coupable de dol à leur égard et, comme tel, tenu de les indemniser du préjudice qu'ils éprouvaient.

» La tierce-opposition de Chessé ayant été accueillie, voici en quels termes la Cour de Poitiers statua et admit les conclusions subsidiaires des Gilbert :

» Considérant que le sieur Masson a seul soutenu le procès jugé par l'arrêt du 23 prairial an XII, et où la contestation portait sur le domaine de la *Gaillotière*, en s'annonçant comme ayant seul, et par cession, les droits de tous les héritiers, et en ne démentant pas l'assertion faite par ses cohéritiers qu'il était leur cessionnaire; qu'il s'est fait considérer comme seul détenteur de la *Gaillotière*; qu'il a ainsi induit en erreur Gilbert; qu'il en résulte un dol qui le rend responsable envers celui-ci de l'impossibilité où il est aujourd'hui de faire délaisser ledit domaine:

» Considérant au surplus que, dans le cas où Gilbert aurait formé en temps utile une action contre Chessé, celui-ci eût eu une garantie à exercer contre Masson, résultant de l'éviction dudit domaine; et que le sieur Masson profitant de la prescription acquise par le sieur

Chessé, il se trouverait gagner le plus, contre la maxime : *Nemini sua fraus patrocinari debet.* »

C'est avec raison que la Cour de Poitiers relevait ce caractère dans le dol qu'elle punissait. L'intérêt personnel que Masson avait à ce que Chessé fût couvert par la prescription, enlevait à sa conduite toute idée de bonne foi et établissait ainsi le *consilium fraudis,* dont la déchéance de Gilbert était *l'eventus damni.* La réunion de cette double condition constituait donc le dol punissable et légitimait la répresion qui en était faite.

Vainement aussi le sieur Masson se pourvût-il en cassation; vainement excipa-t-il des termes dans lesquels la loi romaine définit le dol, pour soutenir qu'on ne pouvait trouver dans sa conduite les manœuvres, les ruses, les tromperies exigées pour le caractériser; vainement enfin faisait-il observer que dans l'instruction du procès il n'avait fait qu'user d'un droit, la Cour de cassation n'en rejeta pas moins son pourvoi par arrêt du 5 février 1812, qui dispose en ces termes.

« Considérant que la Cour d'appel a déclaré constant, non seulement que Masson n'avait pas donné aux héritiers Gilbert des éclaircissements que la loi ne l'obligeait peut-être pas rigoureusement à fournir à ses adversaires, mais qu'à cette réticence plus ou moins excusable, joignant l'astuce et la finesse dans la manière dont il avait procédé, dans les qualités qu'il a prises et dans le genre de défense qu'il a adopté, il est parvenu à donner aux héritiers Gilbert le change sur les poursuites qu'ils avaient à faire pour recouvrer la propriété de la métairie de la *Gaillotière,* et à laisser ainsi à Chessé le temps d'acquérir la prescription décennale, dont il devait profiter lui-même, en s'affranchissant du recours en garantie que Chessé

aurait exercé contre lui en cas d'éviction; que, d'après ces faits déclarés constants, la Cour d'appel a pu, comme elle l'a fait, appliquer à Masson les lois qui définissent le dol : *Omnis calliditas et fallacia ad decipiendum alterum adhibita* [1]. »

99. — Il résulte de ce monument de jurisprudence que tous moyens employés pour entretenir une erreur peuvent devenir un dol, alors que leur emploi est accompagné d'une réticence à l'appui de laquelle cet emploi est réalisé. Sans doute celui qui, dans une instance, use des voies dilatoires autorisées par la loi, jouit d'un droit, mais l'exercice d'un droit ne peut jamais faire tolérer le préjudice que sciemment on a l'intention de causer. Cela est surtout vrai lorsqu'on a soi-même un intérêt à agir ainsi.

Il en résulte encore que les tribunaux sont souverains dans l'appréciation des circonstances qui constituent le dol, et que la constatation de l'existence de ces circonstances et de leur nature ne saurait donner ouverture à cassation.

100. — L'art. 348 du Code de commerce contient en matière d'assurances, un exemple formel du dol négatif : « Toute réticence, toute fausse déclaration, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. »

L'économie de cette disposition fournit, à notre avis, un moyen sûr d'apprécier le dol négatif. Ainsi on décla-

[1] Sirey, 12, 1, 153.

rera tel tout mensonge, toute dissimulation dont l'objet a été de mettre une partie dans l'impossibilité de défendre suffisamment ses intérêts, ou de calculer l'étendue de son obligation relativement à l'équivalent qu'elle doit recevoir; c'est ainsi que le droit romain punissait celui *qui non solum obscure loquitur sed qui insidiose dissimulat.*

---

§ IV.

Dol Postérieur au Contrat.

SOMMAIRE

101. Origine et nature de ce dol.
102. Ses caractères.
103. Peut naître à la suite d'une simulation licite.
104. Exemple emprunté à Toullier.

101. — Dans les cas les plus ordinaires, le dol précède le contrat, qui en devient la consommation. C'est pourquoi la convention n'ayant pas d'autre base, sa validité est dans le cas d'être contestée, soit au fond, soit relativement à quelques-unes de ses conditions.

C'est là évidemment le dol dont parle l'art. 1116 du Code civil.

Il arrive cependant qu'un contrat pur de toute manœuvre, consenti et proposé librement, se trouve vicié dans son exécution. L'une des parties, abusant de la confiance qui lui a été témoignée, cherche à en profiter pour s'en-

richir aux dépens de celui qui a traité avec elle. Cette prétention constitue le dol postérieur au contrat, c'est-à-dire commis à l'occasion et par suite du contrat même. C'est ce qui se réalise le plus souvent à la suite d'actes simulés, ayant pour objet de tromper des tiers ou d'éluder une disposition prohibitive de la loi.

Ainsi un débiteur, pressé par ses engagements et dans l'intention d'en éviter les conséquences, aliène ses biens au moins d'une manière ostensible, vend ses immeubles, dépose ses meubles en mains tierces, concède quittance à ses propres débiteurs, et cela sans avoir touché ni le prix, ni la valeur.

S'il existe une déclaration de la part des prétendus acquéreurs ou dépositaires, si les quittances ont été suivies de contre-lettres en déterminant la nature et le caractère, l'auteur de ces actes n'a rien à craindre. Tout ce qu'il a à redouter, c'est que ses créanciers, connaissant la véritable signification des traités qu'il a consentis, n'obtiennent leur paiement ou le poursuivent sur ses biens, même entre les mains des détenteurs actuels.

Mais il n'en est pas de même lorsque celui qui a recours à la fraude, suivant la foi de ses complices, n'a pas cru devoir exiger d'eux des contre-lettres. Celui qui a été assez peu délicat pour se prêter à une pareille complicité peut être tenté de faire tourner la fraude à son bénéfice. C'est ainsi qu'on a vu des individus, qui étaient devenus acquéreurs ou créanciers de complaisance, soutenir, soit contre l'auteur des actes, soit contre ses héritiers, que les ventes sont réelles et les obligations sincères.

Dans d'autres circonstances, des personnes instituées pour transmettre à des individus déclarés incapables par la loi, ont prétendu retenir personnellement ce qu'elles

n'ont reçu qu'à la charge de rendre, dénaturer ainsi la volonté de l'instituant, et frustrer les objets de son affection d'un avantage dont il a voulu les gratifier.

102. — Des actes de cette nature constituent non seulement un dol, mais encore, comme Toullier le fait remarquer, un vol véritable, en prenant ce mot dans son acception la plus étendue. Il y a là, en effet, la machination frauduleuse en même temps qu'un abus de confiance et une rétention illicite du bien d'autrui.

Mais évidemment ce dol n'a pas même pu être prévu au moment du contrat. Dans tous les cas, il est resté sans influence sur son acceptation. L'engagement a été volontairement souscrit. Le dol ne rentre donc ni dans les dispositions de l'art. 1116, ni dans la catégorie du dol accidentel. Cette différence de caractère indique et justifie une différence dans les conséquences et dans l'application des principes qui régissent la preuve du dol en général [1].

103. — Le dol postérieur au contrat peut naître à la suite d'une simulation licite. Ainsi, sur le point de contracter mariage, deux personnes font rédiger, pardevant notaire, leurs conventions matrimoniales. Le futur reconnaît recevoir à l'instant même la dot de la future, quoique, dans le fait, cette dot n'ait pas été comptée, soit qu'on l'ait simplement promise, soit que la reconnaissance d'une dot ne contienne qu'une véritable libéralité, en vue du mariage, faite à la future par le futur. Mais il arrive que le mariage ne s'accomplit pas, soit par le refus, soit par la mort de l'un des futurs. Cependant la future ou ses

[1] V. *infra* n° 241.

héritiers, armés de la clause du contrat, demandent la restitution de la dot qu'ils savent bien n'avoir jamais été comptée.

104. — M. Toullier cite un second exemple de dol, né d'une simulation licite. Paul, célibataire, donne à Pierre le fonds cornélien, sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix, fixé à 30,000 fr., est dit payé comptant; il se marie ensuite, et il a des enfants. Il notifie leur naissance à Pierre, et demande la révocation du contrat, en soutenant qu'il est simulé; que c'est une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente, et qui est de plein droit révoquée par la survenance d'enfants. Mais Pierre a la mauvaise foi de nier ce caractère de l'acte, et soutient que la vente est réelle; que le prix en a été sérieusement payé.

Dans cet exemple, comme dans ceux qui précèdent, l'acte attaqué a été, sans contredit, le produit spontané de la volonté éclairée et libre des deux parties. Le dol ne naît qu'au moment où, faussant cette intention, l'une d'elles veut faire produire à l'acte des effets qu'il n'a jamais été dans la pensée commune de lui donner. Cette espèce de dol peut donc d'autant moins être confondue avec celles qui précèdent, que celles-ci vicient l'acte, en totalité ou en partie, dans son origine, tandis que le dol postérieur au contrat suppose la préexistence d'une convention loyalement souscrite.

Ainsi caractérisé, ce dol se reconnaît parfaitement dans ces paroles d'Ulpien : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione, ispe dolo hoc facit, quod petit.*

CHAPITRE II.

DE LA PREUVE DU DOL

SOMMAIRE

105. L'autorité due au titre ne s'efface que devant la preuve de son illégitimité.
106. Cette preuve résultera de celle établissant le dol.
107. Le dol ne se présume jamais.
108. Exceptions à cette règle et division du chapitre.

105. — Nous avons déjà dit que le titre régulier, émané de la partie à qui on l'oppose, est présumé renfermer l'expression exacte de ses volontés. Cette présomption suffit pour en assurer l'exécution, tant qu'une preuve contraire ne viendra pas l'anéantir et la détruire.

106. — Cette preuve contraire résultera de la justification du dol. Son existence, en effet, annulera l'acte, aux termes de l'art. 1116 du Code civil.

Pour la matière qui nous occupe, la loi fait donc dépendre la validité de l'acte de l'existence certaine des manœuvres dont il est la conséquence. Aucun doute ne saurait s'élever sur ce point; la seule difficulté qui puisse

surgir porte uniquement sur les conditions auxquelles on devra reconnaître cette existence.

107. — A cet égard, l'art. 1116 nous apprend lui-même que le dol ne se présume pas, qu'il doit être prouvé [1]. Cette prescription que nous trouvons dans toutes les législations, est avouée par la raison et l'équité. Un consentement écrit suppose une attention conforme, et ce n'est pas légèrement que l'on doit renverser les témoignages qui régissent les transactions. C'est donc à celui qui prétend n'avoir pas donné un consentement libre, à justifier que celui dont il demande à être relevé lui a été arraché par des voies déloyales et illégitimes.

108. — Cette obligation de prouver le dol existe-t-elle dans toutes les circonstances et pour toutes les personnes? La solution affirmative s'induirait des termes de l'art. 1116, que nous venons de rappeler; mais il importe de reconnaître que, généraliser ces termes d'une manière trop absolue, serait s'exposer à commettre une erreur de droit, la vérité étant au contraire qu'ils souffrent exception dans plusieurs cas.

Ainsi, il est des circonstances où le dol est présumé, quelquefois même jusqu'à exclure la preuve du contraire, il suffit donc alors de prouver le fait auquel cette présomption est attachée; ce fait est tantôt la qualité de la partie, tantôt la nature de l'acte, tantôt enfin son caractère et les circonstances dans lesquelles il s'est accompli.

Nous allons d'abord nous occuper des exceptions;

*[1] Le dol ne peut pas se prouver par des inductions plus ou moins arbitraires, mais par des faits graves et précis. Voy. Laurent, xv, 530.

nous rechercherons ensuite quel est, dans tous les autres cas, le mode de preuve admissible en matière de dol.

SECTION Ire

DU DOL PRÉSUMÉ.

SOMMAIRE

109. La convention souscrite par un incapable est présumée dolosive en sa faveur.
110. Personnes incapables de contracter.
111. Les incapacités de l'art. 1124, tenant à des principes divers, produisent des effets différents.
112. Principe de l'incapacité pour les condamnés.
113. Pour les mineurs, interdits, les femmes mariées.
114. Application de la règle *restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus.*
115. Opinion de l'orateur du Gouvernement.
116. Opinion de l'orateur du Tribunat.
117. Les mineurs français sont donc tous classés dans la catégorie des pubères romains.
118. La nullité de leurs engagements réside donc dans la lésion présumée.
119. Légitimité de cette présomption.
120. Elle résultait du caractère même de l'engagement.
121. Arrêt conforme de la Cour de cassation.
122. Cet arrêt condamne la doctrine de MM. Toullier et Troplong, sur les engagements souscrits par les mineurs, hors la présence du tuteur.
123. Avantages de la doctrine de l'arrêt.

124. Il en résulte que les actes faits par le mineur, assisté de son tuteur, ne peuvent être attaqués que comme le seraient ceux faits par le majeur.
125. Le mineur ne peut être relevé de son dol.
126. Le dol du mineur contre le majeur n'est jamais présumé.
127. Le mineur autorisé à faire le commerce est assimilé au majeur, pour tous les actes de ce commerce seulement.
128. L'interdit est assimilé au mineur.
129. Mais les actes postérieurs au jugement d'interdiction ne peuvent jamais être validés.
130. La nullité de ces actes est purement relative.
131. Les actes antérieurs au jugement d'interdiction sont présumés valables.
132. Dans quel cas admettait-on la présomption contraire?
133. Les engagements souscrits par la femme, sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux.
134. Tout traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul, comme dolosif, si les formalités de l'art. 472 n'ont pas été remplies.
135. Motifs du législateur.
136. Nature des obligations du tuteur.
137. Leur accomplissement doit être prouvé par écrit.
138. La présomption de dol résultant de leur inaccomplissement est *juris et de jure*.
139. Le récépissé à donner par le mineur peut être fourni au bas du compte, ou par acte séparé. Le délai ne court que du jour où il a acquis date certaine.
140. L'art. 472 proscrit-il toute espèce de traité? — S'applique-t-il seulement aux traités intervenus sur la gestion tutélaire.
141. L'affirmative, dans le premier sens, est enseignée par Merlin.
142. Réfutation.
143. Le mineur qui attaque le traité n'aura donc qu'à justifier de l'inaccomplissement des formalités édictées par l'article 472.

144. La présomption de dol admet-elle la preuve contraire ? — Arrêt de la Cour de Toulouse qui le décide.
145. Dissentiment et réfutation.
146. Arrêt contraire, de la Cour d'Aix, bien préférable.
147. Solution de la question sur la nature de la présomption.
148. Celle de savoir si la reddition a été complète, doit recevoir une toute autre solution.— Arrêts en ce sens.
149. La nullité du traité n'étant pas susceptible de ratification, n'est pas couverte par l'exécution.
150. Arrêt de la Cour de cassation, mal à propos indiqué comme jugeant le sens contraire.
151. Conséquences du caractère purement personnel de la présomption.
152. L'action qu'elle autorise passe-t-elle à l'héritier du mineur ?
153. Utilité du principe de la personnalité de l'action relativement aux donations entre vifs ou testamentaires, faites par le mineur à son tuteur.
154. Le testament du mineur, fait contrairement aux dispositions de l'art. 907, est attaquable par ses héritiers. — Les donations entre vifs le sont par le mineur lui-même.
155. Recevabilité de l'action des héritiers, suivant que la libéralité a précédé la reddition du compte, ou suivi la reddition irrégulière.
156. La mort du mineur sans qu'il eut querellé le compte irrégulier, ou la prescription de l'action en nullité, assurerait le sort de la libéralité.
157. Arrêt conforme de la Cour d'Aix.
158. Mal fondé du reproche que M. Dalloz fait à cet arrêt, qu'il déclare être en contradiction avec un autre arrêt de la Cour de cassation.
159. Différence entre ces deux espèces.
160. Conclusion.
161. Le dol est encore présumé dans les libéralités dont se préocupe l'art. 909 du Code civil.
162. Motifs de cette présomption et de la nullité en résultant.
163. Conditions donnant naissance à l'action.

164. Devoir de celui qui l'intente.
165. L'incapacité se déduit plutôt du fait du traitement que de la qualité de la personne. — Conséquences pour les personnes qui se sont immiscées dans l'art de guérir, sans aucun titre pour le faire.
166. Arrêts divers sur la matière.
167. L'incapacité de l'art. 909 atteint-elle les sage-femmes ?
168. *Quid* des garde-malades ?
169. Le traitement motivant l'incapacité comment devra-t-il être constaté ?
169 *bis*. Affaire Grammont-Caderousse. Nullité du legs universel en faveur du docteur Déclat, motifs.
169 *ter*. Caractère juridique de la décision, nature de la présomption de l'art. 909, arrêt de la Cour de cassation quant au degré de parenté autorisant la disposition.
169 *quater*. Si le médecin était un des héritiers naturels du malade qu'il a soigné.
169 *quinto*. Dans quelle mesure les tribunaux doivent calculer ce qui peut être dû au médecin.
170. L'incapacité des médecins, chirurgiens, etc., est étendue par la loi aux ministres du culte. — Sagesse de cette disposition.
171. Nature de cette incapacité — Quelles en sont les conditions.
172. Arrêt de Toulouse pour un prêtre qui n'avait pas confessé le malade pendant sa dernière maladie.
173. Faut-il dès lors admettre, comme l'a fait la Cour de Grenoble, que la confession seule crée l'incapacité ?
174. Conséquences et danger de cette doctrine.
175. Ce qu'il faut seulement en conclure, c'est que l'appréciation de la conduite du prêtre, comme des médecins, est laissée à l'arbitrage du juge.
176. La présomption de dol, créée par l'art. 909, est *juris et de jure*. — La disposition est donc nulle, sauf les exceptions prévues par la loi. Caractères de celles-ci.
177. Une institution générale n'est jamais considérée comme un acte rémunératoire.

178. Mode d'appréciation de l'institution particulière.
179. L'institution universelle, faite à un parent au quatrième degré est valable.
180. Les dispositions de l'art. 909 sont irritantes. — Elles ne reçoivent donc que les exceptions formellement prévues.
181. Doit-on appliquer ces principes aux personnes qui, sans caractère légal, ont traité le testateur lors de sa dernière maladie ?
182. Arrêt de la Cour de cassation. — Conséquences.
183. Esprit de la disposition exigeant que la libéralité ait eu lieu pendant la dernière maladie.
184. La libéralité proscrite par l'art. 909, déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, n'en est pas moins nulle. — Conséquences.
185. Dol présumé dans la disposition de l'art. 1965. — Différence entre la dette du jeu et la dette dolosive.
186. Dol présumé en matière d'assurances maritimes.
187. Motifs de la sévérité de la législation.
188. A proprement parler, l'art. 348 n'a fait que convertir en loi des inductions que la pratique avait tirées de l'ordonnance de 1681.
189. Conséquences du silence gardé par celle-ci sur les réticences ou fausses déclarations — Controverse entre les auteurs.
190. Opinion de Valin, d'Emérigon et de Pothier.
191. Le Code de commerce a tranché toute difficulté, en présumant le dol et en annulant l'assurance dans les cas qu'il prévoit.
192. Motifs de cette dérogation au droit commun, en matière de dol.
193. Le Code de commerce n'exige même pas que l'assuré ait agi dans l'intention de frauder. — Il suffit que le fait reproché ait influé sur le risque.
194. Décision du Tribunal de commerce de Marseille non attaquée en appel.

195. L'application de l'art. 348 ne peut offrir de difficultés que sur la certitude du fait imputé, et sur son influence sur le risque. — Pouvoirs du juge à cet égard.
196. Mais il est des faits dont l'omission a forcément influé sur ce risque.
197. L'omission du nom et du domicile de l'assuré n'entre pas dans cette catégorie.
198. Opinion contraire de M. Bernard : réfutation.
199. En général, l'omission de la qualité de propriétaire ou de commissionnaire est de peu d'importance.
200. Lorsque la connaissance du véritable propriétaire pouvait influer sur le risque, les assureurs sont toujours admis à agiter la question de propriété, malgré les énonciations de la police.
201. L'assurance faite par un créancier est- elle valable ?
202. Utilité de la déclaration qu'on agit comme mandataire.
203. Cas dans lequel l'omission du nom du mandant constituerait une réticence dolosive.
204. La connaissance du navire chargé est un des éléments essentiels de l'assurance.
205. Quel est l'effet de l'omission du nom et de la désignation.
206. *Quid* de la fausse déclaration ?
207. Quelle doit être l'importance de l'inexactitude ou de l'erreur ?
208. Que faut-il entendre par la désignation du navire.
209. Le nom et la désignation du navire ne sont pas requis dans le cas de l'art. 337 du Code de commerce
210. La désignation du nom du capitaine peut influer sur le risque.
211. Différence entre l'omission et la fausse déclaration.
212. Effet du remplacement du capitaine désigné.
213. La clause *ou tout autre pour lui*, détruit-elle l'effet de la fausse déclaration ?
214. Cas dans lesquels l'omission du lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées n'annulle pas l'assurance.

215. Effet de la fausse déclaration ou de l'inexactitude à cet égard.
216. Tout ce qui touche à la navigation du navire, le port d'où il doit partir, les ports ou rades dans lesquels il doit charger, décharger, entrer, est essentiel à la validité de l'assurance.
217. Si le navire est en cours de voyage, et que le fait n'ait pas été déclaré, il y a résistance dolosive.
218. Arrêt conforme de la Cour d'Aix.
219. Arrêt de la Cour de Bordeaux.
220. Conclusion.
221. Nécessité de la déclaration des ports et rades dans lesquels le navire doit entrer, charger ou décharger.
222. Exceptions à cette obligation.
223. Effets de l'omission de la désignation du moment où le risque commence et où il finit.
224. Obligation pour les assurés de déclarer, sous peine de réticence dolosive, toutes les circonstances de la navigation.
225. La présomption de dol admise par l'art. 348 est *juris et de jure*.
226. Elle est exclusivement introduite pour les assureurs.
227. Résumé.
228. La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur qui en excipe. — Mode de preuve admissible.
229. Comment l'assuré pourra-t-il prouver qu'il a fait connaître le fait qu'on l'accuse d'avoir caché.
230. La police d'assurance n'admet pas la preuve testimoniale outre et contre son contenu. — Jurisprudence conforme.

109. — La convention souscrite par un incapable, est présumée dolosive en sa faveur.

110. — L'art. 1124 du Code civil déclare incapables de contracter les mineurs, les interdits, les femmes mariées, tous ceux à qui la loi interdit certains contrats.

Dans cette catégorie se rangent les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, celles frappées d'incapacité par suite de jugements ou arrêts criminels.

111. — Ces incapacités rangées sur une même ligne par l'art. 1124, ne procédant pas toutes de la même cause, produisent des effets différents, selon qu'elles sont plus ou moins absolues.

En thèse générale, les mineurs non émancipés et les interdits sont absolument incapables; les femmes mariées, les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire ne sont incapables qu'au regard de certains actes déterminés par la loi. Les incapacités résultant de condamnations criminelles, notamment de la mort civile, sont générales et absolues.

De là cette conséquence que les actes souscrits par les mineurs, les interdits, les condamnés, et ceux émanés des femmes et des personnes soumises à un conseil judiciaire, hors les cas où elles sont autorisées à agir, sont susceptibles d'être annulés sur leur réclamation.

112. — Quel est le principe de cette nullité? Pour les condamnés, c'est évidemment l'absence de toute capacité; et ce qui le prouve, c'est que la nullité est absolue, qu'elle profite même aux personnes majeures et capables; qu'il suffit d'avoir été partie en l'acte, pour être recevable à la demander.

113. — Pour les autres incapables, ce qui détermine la nullité de leur engagement, c'est bien plutôt le dol présumé que l'incapacité dont ils sont atteints. C'est ce dont

il est facile de se convaincre par le texte et l'esprit de la loi.

114. — Le droit romain faisait résider le principe de la restitution du mineur, non dans la minorité, mais dans une lésion prétendue : *Restituitur minor non tanquam minor sed tanquam læsus.* Mais cela n'était vrai que pour les mineurs devenus pubères et qui n'avaient pas atteint leur vingt-cinquième année. Cette maxime restait donc inapplicable aux mineurs de douze et de quatorze ans ; elle n'avait même été introduite par le droit prétorien que parce que, parvenu à cet âge, le mineur avait acquis la capacité civile, et qu'il était à craindre qu'on en abusât contre lui, mal protégé encore par l'inexpérience et la faiblesse de son âge.

Sans doute la distinction entre les pubères et les impubères n'existe plus dans notre droit français. La loi qui nous régit ne reconnaît plus que le mineur dans la personne âgée de moins de vingt-un ans. Est-ce à dire pour cela qu'elle a opté pour l'incapacité absolue des impubères de préférence à la condition plus mitigée qui était faite aux pubères?

Laissons la loi elle-même nous expliquer le choix qu'elle a fait entre ces divers modes, et nous instruire des raisons qui l'ont déterminée.

115. — « Il faudrait, disait M. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs de l'art. 1124, si on voulait prononcer, à raison de l'âge, une épobue de la vie et comcontracter, fixer une époque de la vie, et comment discerner celle où on devrait présumer un défaut total d'intelligence.

Ne faudrait-il point distinguer les classes de la société où il y a le moins d'instruction? Le résultat d'une opération aussi compliquée, aussi arbitraire, ne serait-il pas de compromettre l'intérêt des impubères au lieu de le protéger? Dans leur qualité de mineurs, la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer : ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autres secours.

» Supposera-t-on qu'une personne, ayant la capacité de s'obliger, contracte avec un enfant qui n'ait point encore l'usage de la raison, lorsqu'elle ne pourra en tirer aucun avantage? On n'a point à prévoir dans la loi ce qui est contre l'ordre naturel, et presque sans exemple. »

Ailleurs, et sous l'art. 1305, le même orateur ajoutait : « Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé, qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée; s'il n'était pas lésé, il n'aurait pas intérêt à se pourvoir; et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte de l'incapacité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter : *Restituitur tanquam læsus, non tanquam minor.* »

116. — Enfin, dans son rapport au Tribunat, M. Jaubert se livrait à des observations analogues : « Il est bien vrai, disait-il, qu'en règle générale un mineur est déclaré incapable de contracter; mais un mineur peut être capable de discernement : le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur.

» Voilà pourquoi la loi a dû distinguer.

» S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à la rescision en sa faveur.

» Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé. »

117. — Ces considérations, qui ont présidé à l'adoption de la loi, sont décisives; on a donc rangé tous les mineurs dans la catégorie des pubères romains, l'art. 1125 en fournit d'ailleurs une autre preuve incontestable.

Si la nullité résultant de la minorité était la conséquence du défaut de capacité, l'acte que le mineur aurait souscrit manquerait de sanction et de lien obligatoire. L'art. 1134 ne donne aux conventions force de loi, à l'égard des parties, que lorsque ces conventions sont *légalement* formées. Or, celles auxquelles des mineurs auraient concouru seraient évidemment privées de ce caractère.

En effet, l'art. 1108 du Code civil fait de la capacité des parties une des conditions substantielles du contrat. Si cette condition ne se rencontre pas, le contrat est atteint dans son essence et n'existe réellement pas.

De là, pour toutes les parties, la faculté et le droit de le faire dissoudre. C'est ce qui se réalise, nous le disions tout à l'heure, dans l'hypothèse d'une convention contractée avec ou par une personne morte civilement. Ce n'est là d'ailleurs que l'application d'une maxime incontestable : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

118. — Pourquoi donc l'art. 1125 prive-t-il les parties majeures du pouvoir de demander la nullité de l'acte souscrit par un incapable ? Evidemment si le motif de cette nullité était le même dans les deux cas on n'eût pas admis une différence si notoire dans les résultats; il faut donc, de ce que cette différence existe, conclure qu'ainsi que nous le disent les orateurs du gouvernement, l'invalidité de l'en-

gagement du mineur est due non pas tant à son incapacité qu'à une pensée de dommage résultant de cet engagement.

119. — Cela est d'autant plus juste qu'il y a lésion pour le mineur là où il n'en saurait exister aucune pour le majeur. L'usage même que le mineur est dans le cas de faire des sommes qu'il reçoit en minorité est de nature à constituer une lésion. C'est ainsi que l'art. 1312 du Code civil dispose que : lorsque les incapables sont admis à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

Le législateur suppose donc que le mineur a pu recevoir, sans avantage aucun, l'équivalent de l'engagement qu'il a souscrit; qu'il a pu dissiper follement et sans fruit; que par conséquent cet engagement n'a d'autre résultat que d'empirer sa position en l'obligeant de restituer ce qu'il a consommé sans profit réel. Le majeur qui détermine un pareil état de choses, commet quelquefois plus qu'un dol. C'est ce qu'enseigne l'art. 406 du Code pénal, en prononçant une peine corporelle contre celui qui abuse sciemment de la faiblesse, des besoins ou des passions du mineur.

120. — Ainsi, aux yeux du législateur, les obligations du mineur ont ce double caractère. En ce qui le concerne personnellement, elles sont censées un acte de dissipation; à l'égard du majeur qui les a acceptées, un acte de spéculation. M. Bigot de Préameneu nous le

disait lui-même : On ne traite pas avec un mineur lorsqu'on n'a pas avantage à le faire, les chances de pertes que l'on peut entrevoir sont nécessairement compensées par le bénéfice stipulé. C'est cette considération d'abandon d'une part, d'indélicatesse de l'autre, qui justifie la présomption de dol, sous le coup de laquelle ces obligations sont placées.

Cette présomption existe : pour les mineurs non émancipés, pour tous les actes auxquels ils se sont livrés; pour les mineurs émancipés, seulement pour les actes qui sont faits en dehors de la capacité que la loi leur reconnaît. Elle est simplement *juris* pour les actes d'administration; mais elle devient *juris et de jure* pour ceux que la loi a environnés de formes habilitantes. La nullité qui résulte de la violation de ces formes n'a pas d'autres motifs que le danger que cette violation fait courir au mineur et le préjudice qu'il est présumé en avoir éprouvé.

121. — C'est ainsi que vient de le juger la Cour de cassation, dans une espèce où un mineur avait passé, avec une compagnie de remplacements militaires, un contrat par lequel celle-ci s'obligeait à le garantir contre les chances du tirage, moyennant une somme de 650 fr., payable un mois après la décision du conseil de révision qui déclarerait, pour une cause quelconque, le sieur Ravel (le mineur) libéré du service militaire. Ravel obtint un bon numéro, et le 15 septembre 1839 intervint la décision qui prononçait sa libération.

Poursuivi en paiement de la somme promise, Ravel soutint la nullité de son engagement comme ayant été souscrit en minorité; on répondait qu'en droit le mi-

neur n'était restituable qu'en cas de lésion, qu'en fait, il n'en existait aucune; que la valeur de l'engagement se trouvant parfaitement en rapport avec la position de l'obligé, devait être maintenue nonobstant l'état de minorité de ce dernier.

Ravel, condammé par le Tribunal de St-Dié, se pourvut en cassation. Son pourvoi, admis par la chambre des requêtes, fut rejeté par la chambre civile, après une solennelle discussion et un mûr délibéré dans la chambre du conseil; voici l'arrêt intervenu et qui, comme décision doctrinale, a une grave importance :

« Attendu que si le mineur a été mis, par l'art. 1124 du Code civil, au rang des personnes déclarées incapables de contracter, l'art. 1125 porte qu'il ne peut attaquer, pour cause d'incapacité, ses engagements, que dans les cas prévus par la loi;

« Attendu que l'art. 1305, placé au titre de l'action en nullité ou en rescision des conventions, déclare que la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions;

« Attendu que les dispositions de cet article sont applicables aux actes souscrits par le mineur non émancipé, sans l'intervention de son tuteur, et à l'égard desquels des formes spéciales n'ont pas été déterminées par la loi;

« Attendu, en effet, que cela résulte, indépendamment du sens naturel et clair que présentent les expressions dans lesquelles cette première partie de l'article est conçue, soit de son rapprochement avec la seconde qui, accordant la même faveur au mineur émancipé contre toutes les conventions qui excèdent sa

capacité, n'est évidemment relative qu'au cas où ce dernier aurait traité contrairement aux prescriptions de la loi, sans être assisté de son curateur; soit de la combinaison de cette première partie avec les articles qui suivent, notamment avec l'art. 1307, qui veut que la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fasse point obstacle à sa restitution, ce qui ne peut s'entendre que d'une déclaration de majorité, faite en l'absence du tuteur;

« Attendu que l'ensemble de la législation, sur la capacité du mineur non émancipé, n'est point en opposition avec cette interprétation de l'art. 1305 du Code civil, que tout ce que la loi a voulu dans les dispositions où elle s'occupe des intérêts du mineur, c'est non pas qu'il ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant;

« Attendu que s'il en était autrement, si la qualité de mineur suffisait pour faire annuler, sans distinction, toutes les conventions dans lesquelles le tuteur ne serait pas intervenu, les dispositions par lesquelles la loi a cherché à le protéger lui deviendraient préjudiciables, en interdisant aux tiers la faculté de passer avec lui les traités mêmes dont il pourrait tirer le plus d'avantages; qu'en lui conservant, dans tous les cas, le droit de se faire restituer pour la simple lésion, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des tribunaux, la loi a suffisamment pourvu à son intérêt » [1].

122. — Cet arrêt condamme le système soutenu par MM. Toullier et Troplong, à savoir : que l'art. 1124

[1] 18 juin 1844, D. P., 44, 1, 225.

est applicable aux engagements souscrits par le mineur seul, et qui sont dès lors rescindables indépendamment de toute lésion ; et que l'art. 1305 régit les engagements souscrits par le mineur assisté de son tuteur. Ce système, combattu par M. Duranton, n'a pas été admis par la Cour de cassation, nous osons dire qu'il ne devait pas l'être ; celui de M. Duranton, consacré par l'arrêt qui précède, est beaucoup plus conforme non seulement au texte, mais encore à l'esprit de la loi et à l'intérêt véritable du mineur [1].

123. — Dans celui-ci, en effet, comme le remarque M. Dalloz, la tutelle n'apparaît plus que comme une institution qui prête au mineur un généreux secours, et

*[1] Les mineurs non émancipés peuvent attaquer par l'action en rescision toutes les obligations par eux consenties en l'absence de leur tuteur (art. 1305 c. civ.). Cette action ne leur est pas accordée contre les obligations que leurs tuteurs ont consenties, en leur nom, dans la limite de leurs attributions (Proudhon et Valette, II, p. 464-470; Duranton, X. 280-288 ; Larombière, IV, art. 1305, n° 12; Aubry et Rau, IV, § 335, p. 253; Laurent, XVI, n° 24.— *Contra,* Toullier, VI, 106, VII, 527 et 573 ; Troplong, *Priv. et hypoth.* II, 492), ni contre celles qu'ils ont eux-mêmes valablement contractées avec l'autorisation de leurs tuteurs (Duranton, X, 284; Aubry et Rau, *Loc. cit.*; Laurent, XVI, n° 43; Req., 24 avril 1861, Sir. 61, 1,625).

Mais c'est par voie de rescision seulement, et non par voie de nullité, qu'ils peuvent attaquer les obligations qu'ils ont consenties en l'absence de leurs tuteurs : *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus.*— Proudhon et Valette, II, p. 489 et suiv ; Duranton, X, 280-288 ; Larombière, IV, art. 1305, n° 11 ; Demolombe, VII, n°s 417 et suiv.; Aubry et Rau, IV, § 335, p. 255 ; Laurent, XVI, n°s 31, 46, 54, 55; Civ. rej. 18 juin 1844, Sir. 44, 1, 497 ; Req. 24 avril 1861, Sir. 61, 1, 625.

Il en serait autrement si ces obligations se rattachaient à des actes dont la validité dépendrait de l'observation de formalités spéciales qui n'auraient pas été observées. — *Voy.* Laurent, XVI, n° 49 et suiv.

fournit aux tiers un moyen de contracter avec plus de sécurité. Sans doute, le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile, et administre la personne et les biens de ce dernier, voilà la règle; mais l'exception est aussi admise. Si le mineur trouve l'occasion de faire des contrats utiles, la confiance et la bonne foi de ceux qui auront traité avec lui, dans certaines limites, ne doit pas être trompée. Le contrôle de la justice sanctionnera le contrat, si, dans son appréciation souveraine, elle reconnaît que la convention présente le caractère d'une convention sage, loyale et surtout non onéreuse au mineur. Cette doctrine, ajoute M. Dalloz, relève le mineur et n'altère pas les principes de la tutelle; les droits du tuteur restent intacts, son initiative est toujours respectée. Seulement dans les cas particuliers, où le mineur aura personnellement traité, le contrat sera valable, sauf, s'il y a lieu, l'épreuve de l'action en rescision [1].

124. — Des principes qui précèdent, il résulte que les actes faits par le mineur assisté de son tuteur, et qui rentrent dans la catégorie de ceux prévus par l'art. 450 du Code civil, sont réguliers en la forme, valables au fond. En conséquence, ils échappent à la présomption de dol. Le mineur ne peut en être relevé, vis-à-vis des tiers, que dans les cas et aux conditions tracés pour les majeurs.

125. — Le mineur peut-il être relevé de son dol?

[1] Voy. Toullier, t. VI, nos 103 et suiv.; — Troplong, *De la vente*. nos 166 et suiv : *Hypoth*, nos 448 et suiv.; — Duranton. t. X, nos 278 et suiv.

L'affirmative ne saurait être admise [1]. Le mineur a une véritable capacité, quant aux conséquences des délits et quasi délits dont il se rend coupable; or le dol, tel qu'il est déterminé par la loi, rentre évidemment dans la catégorie de ces derniers, il oblige par conséquent le mineur.

Toutefois, il ne suffirait pas d'un mensonge plus ou moins adroit, d'une réticence plus ou moins insidieuse, pour constituer le mineur en état de dol. En principe, la déclaration de la majorité ne fait point obstacle à ce que le mineur, de qui elle émane, soit restitué [2]. Il n'y aurait donc aucun dol véritable, si à cette déclaration, le mineur n'avait pas ajouté des manœuvres, des artifices de nature à en persuader la certitude.

Le caractère, l'appréciation des circonstances qui peuvent constituer ces manœuvres, sont laissés à l'arbitrage souverain du juge. C'est ainsi qu'il a été jugé que le mineur qui, conjointement avec ses frères majeurs, a produit dans un ordre, en se qualifiant de majeur, et qui, après avoir été isolément colloqué, a touché le montant de son bordereau, ne peut, après la majorité, se faire payer une seconde fois par l'acquéreur, sous prétexte qu'il était incapable de recevoir lors du premier payement [3].

126. — Au reste, le dol du mineur contre le majeur n'est jamais présumé, c'est donc à celui qui en exciperait, pour faire maintenir l'acte attaqué par le premier, qu'incomberait la preuve de son existence.

* [1] En ce sens, Toullier, VII, 589 et 590; Proudhon, II, p. 488; Duranton XII, 289; Aubry et Rau, IV, § 335, p. 258; Colmet de Santerre, V, 272, *bis*.

[2] Art. 1307 Cod civ.

[3] *Journal du Palais*, Colmar, 22 avril 1836.

127. — Le mineur autorisé, conformément à la loi, à se livrer à l'exercice du commerce, est réputé majeur pour tous les actes ressortissant de cette profession. Il ne saurait en conséquence être relevé de ses engagements que comme le majeur pourrait l'être lui-même [1].

Mais le mineur ne saurait trouver dans cet exercice un moyen d'éluder la loi, qui pourrait être exploité contre lui. Aussi est-il de doctrine certaine :

1° Que cet exercice est restreint aux actes qui concernent son négoce, qu'il ne peut s'étendre à d'autres qui y seraient étrangers, et par lesquels le mineur s'engagerait pour autrui [2];

2° Que la cause commerciale ne se présume pas dans les engagements du mineur commerçant, comme dans ceux du majeur [3].

Pour tous les actes qui ne rentreraient pas dans l'exercice de son commerce, ou qui seraient reconnus en excéder les limites, le mineur se trouverait placé sous l'empire des principes que nous venons de développer [4].

*[1] Il s'agit du mineur commerçant qui a été autorisé à exercer le commerce, et qui a rempli les conditions exigées par l'article 2 du code de commerce, mais non du mineur qui, de fait, exercerait le commerce. Merlin, *Rép.* V° Mineur § 9, n° 7.

[2] Jousse, sur l'art. 8 de l'ordonn. de 1693 ; — Pardessus, n° 61.

[3] *Ibid.*, n° 62.

*[4] Dans le doute, l'acte sera-il réputé commercial ou civil ? La doctrine est divisée sur cette question. Des auteurs décident que si l'engagement est contracté sous une forme commerciale, telle qu'une lettre de change, un billet à ordre, il est présumé se rapporter au commerce, et que c'est au mineur à détruire cette présomption. Si l'engagement a, au contraire, une forme civile, s'il est, *v. g.*, constaté par acte notarié, avec ou sans affectation hypothécaire, il doit être présumé étranger au commerce, et c'est au créancier à prouver le contraire. (*Sic*, Bravard, I. p. 80 et 81 ; Delamarre et Lepoitvin, I, n° 60).

D'autres pensent que le mineur commerçant étant réputé majeur en

128. — L'interdit est assimilé aux mineurs, soumis aux mêmes règles, participant aux mêmes avantages ; ce que nous avons dit de celui-ci, relativement à la présomption de dol, s'applique donc, par une parité de raisons incontestables, aux actes faits par l'interdit.

129. — Cependant il faut remarquer qu'il y a entre eux cette différence essentielle, à savoir : que le mineur est dans certains cas susceptible de donner un consentement éclairé et obligatoire; tandis que l'interdit, légalement convaincu d'être dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, en est réputé à tout jamais incapable.

De là la disposition de l'art. 502, qui considère comme nuls de droit tous les actes passés postérieurement au jugement prononçant l'interdiction.

130. — Aux termes de l'art. 1125 du Code civil, cette nullité, quoique de droit, est purement relative. Les nullités, on le sait, sont des remèdes, *remedium juris*, que le législateur donne à celui à qui la convention peut causer un préjudice. Il s'ensuit que lui seul peut en réclamer le bénéfice. La prohibition contre les actes passés depuis l'interdiction étant toute en faveur de l'interdit, personne autre que lui ne pourrait s'en prévaloir, même les parties capables qui auraient contracté avec lui. En effet, en traitant avec un interdit, on s'expose à une chance aléatoire,

ce qui touche son commerce, doit être dans la même condition que tout commerçant; que, par suite, il est naturel de supposer que ses actes sont relatifs à son commerce, quelle que soit la forme sous laquelle ils aient eu lieu (*Sic*. Valette, *Cours de Code civil*, I, p. 593; Demolombe, VIII, n° 342; — Cass. 23 mars 1857, D. 57, 1, 126).

dont la réalisation dépend de sa volonté, dont l'événement a été prévu ou a dû l'être au moment du contrat.

Vainement se plaindrait-on d'avoir ignoré l'interdiction, cette circonstance n'aurait aucune influence, aucune portée, car on ne saurait être relevé de sa faute. Or, chacun devant s'assurer de la condition de celui avec qui il traite, celui qui n'a pas pris les renseignements suffisants, qui ne s'est pas livré à toutes les investigations qui devaient l'éclairer, a commis une imprudence dont il ne saurait être admis à récuser les conséquences.

Ainsi, la présomption de dol vicie, dans leur substance, les actes postérieurs à l'interdiction. Il suffit donc, pour en déterminer la nullité, de prouver cette postériorité; cette preuve faite, la présomption est *juris* et *de jure*, c'est-à-dire qu'on ne saurait être admis à prétendre ou à justifier que l'acte a été fait dans un instant lucide, ni à demander qu'il soit maintenu sous prétexte qu'il n'a occasionné aucun préjudice [1].

131. — Le jugement qui prononce l'interdiction place donc celui qui en a été l'objet sous la présomption d'insanité d'esprit et le fait considérer comme incapable de donner un consentement réfléchi et libre. Mais tant que ce jugement n'a été ni provoqué ni rendu, c'est la présomption contraire qui est légalement acquise. En

*[1] Les expressions *nuls de droit* de l'art. 502 c. civ. indiquent que l'acte passé par un interdit postérieurement à l'interdiction doit être annulé, d'après le rapprochement de sa date avec celle de l'interdiction, sans que celui qui a traité avec lui puisse être admis à prouver que cet acte a été passé dans un intervalle lucide. Mais la nullité en doit être prononcée par les tribunaux (comp. art. 1304, alin. 2 et 3; art. 1125 et 1312 c. civ.).

conséquence, les actes faits dans cette période sont réputés valables [1].

132. — Mais cette présomption de validité fait place à celle de dol : 1° si les causes qui ont motivé l'interdiction existaient réellement au moment de l'acte; 2° si elles existaient notoirement. La preuve de cette existence, de sa notoriété, est à la charge de celui qui attaque l'acte. Si elle est produite, l'acte pourra être annulé, c'est-à-dire que le défendeur pourra justifier que l'acte a été fait dans un intervalle lucide; qu'il ne renferme et ne peut renfermer aucun préjudice pour le demandeur. En d'autres termes, la présomption de dol qui naît de l'existence et de la notoriété de la démence, de l'imbécillité ou de la fureur, est une présomption *juris*, admettant la preuve contraire.

133. — La femme mariée ne peut contracter sans l'autorisation de son mari. Les engagements qu'elle prendrait au mépris de cette prescription sont, pour ce qui la concerne, frappés de nullité.

Le principe de cette nullité est le même que celui qui fait annuler les actes des mineurs, accomplis en dehors des formes habilitantes dont la loi les a entourés. En conséquence, les effets en sont les mêmes, la nullité résulte *ipso facto* et sans qu'il soit besoin d'examiner s'il y a ou

* [1] Lorsque l'interdiction d'une personne n'a été, ni prononcée, ni provoquée, cette personne, ou ses ayants cause de son vivant, sont néanmoins recevables à attaquer, pour cause de démence, les actes qu'elle aurait passés, en établissant qu'elle était, au moment même où ces actes ont eu lieu, privée de l'usage de ses facultés intellectuelles (Comp. art. 1108 et 504 c. civ. — Duranton, III, 782 ; Valette sur Proudhon II, p. 540; — Voy. aussi Laurent, V, n° 314.)

non préjudice. Ce point, aussi certain en doctrine qu'en jurisprudence, nous conduit à cette conséquence : que les actes faits par la femme, hors de la présence et sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux; que cette présomption est *juris et de jure*.

134. — L'art. 472 du Code civil nous fournit un remarquable exemple de dol présumé, en prononçant la nullité de tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité [1].

135. — Cette disposition a, avec juste raison, prévu un des plus graves dangers que pût courir le mineur devenu majeur. La crainte, la reconnaissance, l'affection, l'impatience de disposer en liberté d'une fortune qu'il a à peine entrevue jusque là, pouvait le livrer sans défense aux ruses d'un tuteur habile, dont l'ascendant aurait facilement obtenu de son ignorance une décharge complète de sa gestion, avant même qu'il eût été mis dans le cas de l'apprécier.

Il fallait donc faire un devoir au tuteur, comptable de la gestion, d'exposer fidèlement au mineur toutes les circonstances dont la naissance devait le fixer sur sa position, sur la nature de ses ressources, sur le mode d'administration suivi jusqu'à ce jour; de là, l'obligation de rendre compte.

Mais vainement cette obligation eût-elle été inscrite

* [1] Le délai de dix jours est un délai franc. Bordeaux, 29 Juill. 1857, Sir. 57, 2, 664.

dans la loi, si le défaut de sanction pénale eût laissé sa transgression impunie. C'est surtout pour les tuteurs de mauvaise foi que la loi a pris les précautions qu'elle ordonne; et l'on comprend que plus le tuteur aurait prévariqué, plus il chercherait à déguiser sa conduite, à tromper l'oyant-compte, à l'effet d'en obtenir sa libération.

Ces considérations ont dicté la disposition de l'art. 472, qui complète et garantit l'exécution des obligations faites au tuteur par les art. 469 et suivants. Ainsi, le tuteur est obligé de rendre compte de sa gestion, de déposer ce compte et les pièces justificatives entre les mains du mineur devenu majeur; ce n'est que dix jours après cette remise qu'un traité peut intervenir, et que le tuteur peut obtenir décharge. Tout traité, fait sans avoir été précédé de la remise des pièces ou avant l'expiration du délai de dix jours, est présumé dolosif, et, comme tel, annulé.

136. — Les obligations imposées au tuteur doivent être prises au sérieux. La bonne foi, qui doit présider à toute transaction, doit être plus sévèrement exigée dans un acte, où l'une des parties peut porter l'influence jusqu'à déguiser l'état réel des choses, et priver ainsi l'autre partie de la connaissance précise de ce qui fait la matière du contrat. En conséquence, le compte du tuteur ne doit pas être rédigé en termes généraux, ni s'arrêter aux résultats, c'est un détail, autant que faire se peut, et articles par articles que le mineur doit y rencontrer. Les pièces probantes sont celles qui établissent les revenus et justifient de la dépense, pour les chefs du moins où cette dépense a pu laisser des traces écrites.

137. — Le compte et les pièces sont remis au mineur devenu majeur, celui-ci examine et vérifie. La remise est dont véritablement capitale, car ce n'est qu'après qu'elle a été réalisée que les investigations sont possibles; et ce n'est que par ces investigations elles-mêmes que l'oyant-compte pourra donner un consentement valable; on comprend, dès lors, que le législateur en ait exigé une preuve certaine et positive.

Or, il résulte de l'art. 472 que cette preuve doit être littérale; elle s'induit du récépissé délivré par l'oyant-compte. Nous croyons que ces termes sont restrictifs; que l'absence de ce récépissé ne saurait être remplacée par tout autre genre de preuve, et notamment par la preuve testimoniale [1]

138. — La présomption de dol, qui naît de la violation de ces formalités, est une présomption *juris et de jure*. Si le compte n'a pas été rendu, s'il n'a pas été accompagné de la remise des pièces, ou, si cette remise ayant été faite, elle n'est pas constatée par un récépissé, le traité intervenu entre l'ancien mineur et son tuteur est frappé d'une nullité substantielle; il en serait de même de celui intervenu moins de dix jours de la date du récépissé.

139. — Ce récépissé peut être fait par acte séparé ou être mis au bas du compte lui-même. On ne saurait, dans le silence de la loi, créer une nullité contre la forme de l'acte; cette forme, n'étant nullement réglée par la loi, doit être laissée à la volonté des parties. Mais il

[1] *Journal du Palais*, Toulouse, 6 février 1835; — Aix, 10 août 1809; — D. A. tom. XII, pag. 764.

en est autrement de la date, elle doit être certaine pour prévenir tout moyen d'éluder la loi. Le récépissé sous seing privé doit donc être enregistré, le délai de dix jours court du moment de l'enregistrement [1].

140. — Les termes de l'art. 472 ont donné naissance à une grave difficulté; tout traité, porte cet article, sera annulé. Faut-il entendre par là les traités qui interviendraient sur la gestion, ou bien rangés dans une égale catégorie, même les traités étrangers à cette gestion?

141. — Cette dernière opinion a trouvé des partisans dans les sommités de la doctrine; elle est notamment enseignée par Merlin, qui combat l'opinion contraire, comme tendant à établir une exception repoussée par la généralité des termes de l'art. 472. La loi, dit-il, ne fait aucune exception; elle annule tout traité non précédé d'un compte de tutelle; or, qui dit tout, n'excepte rien [2].

142. — Cette interprétation, fondée sur la lettre du texte, en fait-elle une juste, une exacte appréciation?

*[1] Le récépissé exigé par l'art. 472 doit être donné par un acte séparé dont la date soit de dix jours au moins antérieure à ce traité. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit assurée par la formalité de l'enregistrement, art. 1322 C. civ. — Valette sur Proudhon II, p. 415; Demolombe, VIII, 60; Aubry et Rau, 1, § 121, p. 494; Laurent, V, 151. On serait recevable à contester la sincérité de la date du récépissé sous seing privé non enregistré, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, art, 1348 et 1353 C. civ. — Aubry et Rau, *Loc. cit;* Laurent, *Loc. cit*

[2] *Questions de droit,* 3, n° 1.

Nous ne saurions l'admettre. Il nous semble que, par la place qu'elle occupe dans la loi, cette disposition est nécessairement limitée à ce qui concerne la gestion du tuteur, et que, l'expliquer comme le fait Merlin, c'est lu donner une extension que le texte ne comporte pas, que son esprit repousse d'une manière invincible.

La protection dont la loi entoure le mineur n'est que la conséquence des dangers auxquels son expérience et la faiblesse de son âge l'exposent : *Cum intra omnes constet, fragile esse et infirmum hujus modi ætatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium eis prætor pollicitus* [1].

Le mineur devenu majeur n'est plus censé avoir besoin de cette protection spéciale, il n'a plus aucun droit à la réclamer. Il est, par rapport à tous, en état de défendre ses intérêts, de prendre toutes les mesures que sa position nécessite, et cela est vrai même à l'égard de son ancien tuteur, sauf sur un seul point, celui relatif à la gestion que ce tuteur a eue de ses biens.

Cette exception résulte naturellement de l'état antérieur des choses; elle était commandée par cet état même. Des deux parties en présence, l'une, l'ancien mineur, est dans une ignorance absolue sur le chiffre de sa fortune, sur l'étendue de ses ressources, sur la manière dont elles étaient administrées; l'autre, l'ancien tuteur. connaît parfaitement toutes choses. Autoriser en cet état d'inégalité un traité entre elles, c'était permettre au tuteur d'abuser de l'ignorance légitime dans son origine, mais que son intérêt le déterminerait à prolonger. On pouvait donc prévoir que, dans une pareille transaction,

[1] L. 1, Dig., *De minoribus.*

tout l'avantage resterait au tuteur qui, selon l'observation de Louet, loin de rendre compte, *mettrait sa partie en ténèbres et en lieu où lui seul verrait clair.*

C'est ce que la loi suppose du tuteur qui n'a pas rendu de compte. La nullité du traité, intervenu avant la reddition, est donc la conséquence plutôt de la conduite frauduleuse du tuteur que de l'incapacité de l'ancien mineur. Cette prescription ne fait pour celui-ci que ce que les principes généraux font pour tous les majeurs, elle a pour but de donner à son consentement ce degré de réflexion et de liberté sans lequel il n'y a pas de consentement valable.

Il est un autre motif qui étaye la prohibition de l'art. 472. L'équité exige que chacune des parties ait une connaissance exacte de ce qui fait la matière de la convention, sa perfectibilité est à ce prix. Or, cette connaissance, le mineur devenu majeur ne l'acquiert que par la reddition des comptes, il ne l'a donc pas tant que cette reddition n'a pas été réalisée. Il est conséquemment privé d'un des éléments essentiels au contrat. Il en est privé par la faute du tuteur qui viole les devoirs que la loi lui impose. On comprend dès lors que la loi ait refusé sa sanction à un acte qu'elle ne pouvait consacrer qu'en autorisant le tuteur à exploiter sa position, et à profiter de sa faute et même de son dol.

Ces considérations sont justes et décisives, lorsqu'il s'agit d'un traité relatif aux comptes de la gestion. Sa nullité n'en est qu'une conséquence rationnelle et légitime; mais peuvent-elles s'appliquer au traité fait sur tout autre objet et abstraction faite de la position respective des parties relativement à la gestion tutélaire?

Par exemple, le mineur devenu majeur est appelé à

recueillir une succession qui s'est ouverte depuis sa majorité. Son ancien tuteur se trouve créancier ou débiteur de cette succession, il paie ce qu'il devait, ou retire ce qui lui était dû. Il traite avec l'ancien mineur d'un objet mobilier ou immobilier appartenant à cette succession, il transige sur un procès qu'il avait avec celui qui l'a délaissée. Faudra-t-il annuler tous ces actes, parce que le compte de sa gestion n'aura pas encore été rendu? Mais quelle influence pouvait exercer à leur endroit la reddition des comptes? Le mineur pouvait-il recevoir de cette formalité des notions plus complètes, plus étendues que celles qu'il possédait au moment du contrat? Evidemment non. Conséquemment, annuler des actes de cette nature, et sous un pareil prétexte, ce serait agir d'une manière injuste, illogique, et anéantir sans nécessité des conventions parfaitement légitimes.

Il est donc impossible d'admettre que l'art. 472 du Code civil ait voulu parler d'autres traités que de ceux faits sur la gestion du tuteur. Ce qui le prouve, c'est la place que cet article occupe dans le Code, sous la section intitulée *Des comptes de tutelle,* précédé et suivi d'autres dispositions se rapportant exclusivement au mode de reddition, d'apurement et de règlement de ces mêmes comptes.

Ce qui le prouve encore, c'est que l'art. 907 prohibe au mineur devenu majeur de disposer en faveur de son tuteur, non seulement par testament, ce qui pourrait ne pas paraître un traité, mais encore par donations entre vifs, tant que les comptes de tutelle n'ont pas été régulièrement rendus. Si les termes de l'art. 472 n'exceptent rien, pourquoi a-t-on cru nécessaire de prohiber spécialement les donations? Pouvait-on croire que quelqu'un serait jamais tenté de contester l'application aux actes à

titre gratuit, des principes régissant les actes à titre onéreux.

Ce qui le prouve enfin, c'est la disposition de l'art. 2045 du Code civil, qui permet au mineur devenu majeur de transiger sur toutes les matières, excepté sur la gestion du tuteur, avant la reddition des comptes de celui-ci. Comment expliquerait-on la faculté de transiger là où l'art. 472 proscrirait un simple traité important? On sait qu'elle comporte, de la part des parties, des sacrifices mutuels. Elle est donc, sous ce rapport, bien plus dangereuse pour l'ancien mineur qu'un traité ordinaire. En conséquence, quel aurait pu être le motif qui aurait déterminé le législateur et à prohiber celui-ci et à autoriser l'autre?

Le motif, dit M. Merlin, c'est qu'en général, et aux termes de l'art. 2052, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée; et que, par conséquent, il en doit être, d'une transaction passée entre le mineur devenu majeur et son tuteur, comme d'un jugement qui aurait été rendu entre eux.

Mais cette réponse laisse subsister l'objection qui a d'autant plus de force que la nature de l'acte est plus exceptionnelle. Après, comme avant cette réponse, on se demande comment un traité qui n'acquiert jamais l'autorité de la chose jugée, qui est rescindable pour cause de lésion, soit interdit au mineur et qu'on lui permette de consentir une transaction qui est à l'abri de ces attaques? Quelle garaantie avait-on de plus pour celle-ci? N'est-il pas évident au contraire que si l'absence de reddition des comptes de tutelle doit influer sur un acte quelconque c'est surtout sur une transaction? Celle-ci suppose un droit litigieux, contestable. Les titres qui établissent

celui du mineur seront le plus souvent entre les mains du tuteur, et c'est par celui-ci que le premier apprendra leur caractère et leur portée. En vérité, permettre en cet état au mineur de transiger, modifier la prohibition prétendue générale de l'art. 472, c'est diminuer les garanties données au mineur devenu majeur, au moment où il en a le plus pressant besoin.

Nous ne saurions donc admettre la distinction que fait Merlin, pas plus que l'assimilation de la transaction au jugement. Les magistrats qui rendent le jugement sont chargés d'exécuter la loi, de la faire respecter, alors même que les parties seraient d'accord pour l'éluder; à cette première garantie s'en réunit une autre, la présence du ministère public, dont la sollicitude éveillée par la qualité des parties, saura bien faire valoir les droits de chacun, défendre le mineur devenu majeur, contre son ignorance ou sa faiblesse. La transaction présente-t-elle quelque chose d'analogue? Qui protégera le mineur contre les suggestions intéressées de son ancien tutueur? Il n'y a donc réellement aucune assimilation possible entre ces deux actes.

Mais, ajoute Merlin, pourquoi, si l'art. 472 ne signifie pas plus que l'art. 2045, n'a-t-on pas mis dans le premier, les mots *sur les comptes de tutelle,* qu'on a insérés dans le dernier.

Nous avons déjà dit que cette indication résulte, pour l'art. 472, de la place qu'il occupe dans le Code, des dispositions qui le précèdent et le suivent. Cela suffirait pour lui donner un caractère de spécialité incontestable. Il est même certain qu'alors même que l'art. 2045 n'aurait pas existé, la transaction sur les comptes de tutelle se serait trouvée atteinte par cette spécialité et proscrite par

l'art. 472. Mais le législateur a pu craindre qu'on ne voulût abuser de la nature et du caractère de la transaction, pour soutenir qu'elle ne pouvait être comprise dans les traités dont cet article s'occupe. Dès lors, il a cru devoir s'en expliquer formellement pour bannir toute équivoque. Cette résolution prise, s'exécutant sous le titre spécial de la transaction, il fallait nettement s'expliquer. Là, en effet, rien ne spécialisait plus la disposition, ni la rubrique de la section, ni les dispositions antécédentes et subséquentes, de telle sorte que se borner à prohiber la transaction entre le tuteur et le mineur devenu majeur, c'était la proscrire d'une manière absolue et générale. C'est donc pour préciser sa pensée qu'on a nominativement restreint cette prohibition à la transaction intervenue sur les comptes de tutelle, ce qui était revenir à la règle tracée par l'art. 472.

Voilà l'explication de la différence de rédaction signalée entre les art. 472 et 2045, elle est naturelle et simple, elle n'a rien d'extraordinaire, ni de choquant; tandis qu'avec le système de Merlin, il faut admettre que la loi a interdit *le moins* et autorisé *le plus*, ce qui est invraisemblable, et conséquemment inadmissible.

Faut-il maintenant rendre raison de ces termes de l'art. 472, *tout traité?* N'est-il pas désormais certain que l'intention du législateur n'a été d'atteindre que ceux intervenus sur la gestion du tuteur; et, dans ce sens, la locution qu'il a employée n'est pas même vicieuse. S'il n'y a qu'une manière d'apurer un compte, il y en a cent pour arriver à ce résultat. Le tuteur pouvait avoir la pensée de fractionner le compte de sa gestion, d'en débattre séparément les diverses parties, et d'obtenir une décharge pour chacune d'elles, opposer ces décharges partielles

déjà obtenues aux difficultés qu'un autre examen ferait naître. Voilà réellement ce que proscrit l'art. 472, voilà ce qu'il a eu en vue, lorsqu'il a annulé *tout traité* intervenu avant la reddition des comptes. Tout ce qui en résulte, est donc cette proposition qui ressort de l'esprit de sa disposition; que ce n'est qu'après avoir été édifié sur l'ensemble des opérations du tuteur, que le mineur devenu majeur peut traiter avec celui-ci, lui donner décharge totale ou partielle; et que tout ce qui aurait été fait à cet égard, avant l'examen de cet ensemble, devrait être annulé.

D'ailleurs et sans paraître fractionner le compte, on pourrait consentir des actes qui auraient pour but de dispenser le tuteur de rendre compte de la matière spéciale sur laquelle cet acte est intervenu. Ces actes sont nombreux et divers et il convenait de les atteindre tous.

Comme exemples nous pouvons citer des décisions judiciaires qui expliquent et font comprendre la généralité de l'expression de l'art. 472.

Ainsi il a été jugé que la cession qu'un enfant devenu majeur, fait à son père, son tuteur, de tous ses droits maternels sans réserve ni exception, comprenant les meubles et autres effets qui doivent entrer dans le compte de tutelle dû par le cessionnaire, est nulle si elle n'a pas été précédée du compte tutélaire [1];

Que l'acte par lequel une fille cède, le lendemain de sa majorité, et sans reddition de compte préalable, à son père qui a été son tuteur, ses droits immobiliers dans la communauté, est nul, même lorsqu'il a pour objet de rem-

[1] Cass., 14 décembre 1818.

plir ce dernier de ses gains de survie et de récompenses qui lui sont dues par la communauté [1];

Que l'approbation que le pupille aurait donnée à des bordereaux de dépenses depuis sa majorité, mais avant la reddition de compte, tombe sous la nullité de l'article 472 [2];

Qu'il en est de même du traité par lequel le mineur abandonne à son tuteur la jouissance d'un immeuble indivis entre eux pour l'indemmiser des réparations qu'il y a faites [3];

Que la reconnaissance d'une contre-lettre qui attribue au tuteur la propriété d'un immeuble dépendant du patrimoine apparent de ses pupilles, ne peut être faite valablement par ceux-ci, depuis leur majorité, avant la reddition des comptes de tutelle [4];

Comment aurait-on pu atteindre tous ces actes, si l'art. 472 n'eût pas dit : *tout traité?*

Pour nous résumer sur ce point, nous dirons que l'art. 472 n'atteint que les traités exclusivement intervenus sur la gestion tutélaire, quel qu'en soit le mode et sous quelque forme qu'on les ait déguisés.

Ce qui caractérisera ces traités, c'est qu'ils auront pour effet et pour but de soustraire le tuteur à l'obligation de rendre compte de sa gestion moyennant la somme ou la chose convenue, encore bien qu'on n'ait pas traité spécialement sur cette gestion, et qu'il n'ait pas été stipulé d'une

[1] Paris, 2 août 1821; — Douai, 20 janvier 1844; — *J. du P.*, 2, 1844, p. 12.

[2] Paris, 19 avril 1823.

[3] Bourges, 7 février 1827.

[4] Cass., 1er juin 1847; — *J. du P.*, 1, 1847, 688.

manière expresse que le tuteur en demeurerait déchargé [1].

Ceux-là donc qui sont étrangers à cette gestion, sur lesquels par conséquent la reddition du compte serait sans influence, sont valablement contractés; on ne pourrait conséquemment les annuler que dans les cas et qu'aux conditions qui rendent ceux souscrits par les majeurs ordinaires rescindables ou annulables [2].

143. — Il résulte de ce qui précède, que l'ancien mi-

*[1] On doit comprendre dans les termes *tout traité* tous actes, ou conventions ayant eu pour objet ou dont le résultat serait d'affranchir le tuteur, en tout ou en partie, de l'obligation de rendre compte, ou de modifier cette obligation; même les actes par lesquels le mineur devenu majeur aurait renoncé, en faveur de son tuteur, aux garanties qui avaient pour but d'assurer le paiement du reliquat du compte de tutelle.

L'art. 472 s'applique aux décharges, aux transactions relatives à la gestion du tuteur, et même aux cessions par lesquelles le mineur devenu majeur aurait abandonné en masse au tuteur tout ou partie des droits ou des biens dont ce dernier avait l'administration, et l'aurait ainsi implicitement exonéré de l'obligation de rendre compte de la gestion de ces droits et de ces biens (Merlin, *Quest. de dr.* v° Tuteur § 3, n° 1; Aubry et Rau, I, § 121, p. 491, Civ. cass. 14 déc. 1818; 1er juin 1847, Sir. 4,1,504; 5 juin 1850, Sir 50,1,714).

Il en est de même des actes par lesquels le mineur devenu majeur aurait donné main-levée de son hypothèque légale. Aubry et Rau I, § 121, p. 492, Civ. rej., 12 juill. 1847, Sir.47, 1,506. — *Contra*, Laurent v. 159. — Il en serait autrement des ventes ou cessions d'objets déterminés consenties par le mineur devenu majeur en faveur de son tuteur, et des transactions sur des difficultés relatives à la liquidation et au partage de droits indivis entre eux. — Merlin, *Quest. de dr.* v° Tuteur § 3; Duranton, 111, 638; Troplong, I, *Transactions*, art. 2045, n° 44; Demolombe, VIII, 74; Aubry et Rau, § 121, p. 492. Civ. rej. 22 mai 1822; Req. 16 mai 1831, Sir. 31, I, 201.

[2] Voy. en ce sens, Chardon, t. 1, pag. 115, n° 72; — Domat, *Lois civiles*, liv II, tit. I, sect. 5, n° 4; — Zachariæ, § 116, note 14; — De-

neur, qui attaquera un traité intervenu entre son tuteur et lui, n'aura à justifier que de ces deux circonstances, à savoir : 1° que ce traité a pour objet direct ou indirect la gestion du tuteur; 2° qu'il a été fait contrairement aux dispositions de l'art. 472, soit qu'il n'y ait pas eu reddition de compte, remise de pièces; soit qu'il ne se fût pas écoulé un délai de dix jours de cette remise à la date du traité. Cette preuve faite imprime au traité une présomption de fraude susceptible d'en entraîner l'annulation.

144. — Quelle est la nature de cette présomption? Admet-elle la preuve contraire? Le tuteur pourra-t-il établir que l'ancien mineur n'a éprouvé aucun préjudice, et faire dès lors maintenir le traité?

L'affirmative a été jugée par la Cour de Toulouse, le 27 novembre 1841 [1]. Son arrêt décide : Que quoique, en principe, le traité intervenu contrairement à l'art. 472 du Code civil soit rigoureusement nul, cependant il peut être maintenu, si les parties ont traité de bonne foi, et s'il n'a été causé aucun préjudice au mineur.

145. — Cette décision nous paraît s'écarter des véritables principes. Faisons d'abord remarquer la singularité de sa conclusion. La Cour reconnaît que le traité dépourvu des formalités prescrites par l'art. 472, est rigoureusement nul; et ces prémisses posées elle arrive à cette

molombe, t. 8, n° 92; — 18 Nîmes, mars 1816; — Cass., 14 octobre 1818; — Paris, 5 janvier 1820. — Voy. aussi Dalloz jeune, *Dict. de Jurispr.*, v° *Tutelle*, n° 581; — et Sirey, t. x. p. 380, — Cass., 10 avril 1849; — D. P., 49, 1, 105.

[1] *Journal du Palais*, t. I. 1842, pag. 448.

conséquence qu'il faut maintenir le traité, cela ne paraît guère logique.

Vainement fait-on, pour arriver à ce résultat, appel à la bonne foi des parties au moment du traité. La loi ne s'est pas le moins du monde préoccupée de cette circonstance, elle ne permet donc pas de la prendre en considération. En effet, l'art. 472 ne dit pas que le traité fait au mépris de sa disposition *pourra* être annulé. Une locution de ce genre eût appelé l'appréciation, l'examen, et laissé le magistrat maître de maintenir ou d'invalider. L'exclusion de ce pouvoir résulte des termes de l'article : Tout traité *sera* nul, ce qui implique, de la part du législateur, la volonté impérative d'anéantir l'acte fait contrairement à ce qu'il a prescrit. En conséquence, maintenir ce même acte, c'est se mettre en contradiction avec cette même volonté; le maintenir sous prétexte de la bonne foi des parties, c'est méconnaître l'esprit qui l'a dictée, qui n'est autre chose qu'une présomption de mauvaise foi, par cela seul qu'on n'a pas exécuté à la lettre les prescriptions de l'art. 472. Nous avons déjà dit que cette présomption n'admettait pas la preuve contraire.

La Cour de Toulouse ajoute que le mineur devenu majeur n'a éprouvé aucun préjudice dans l'espèce. Cette considération n'est pas plus puissante que celle de la bonne foi. En effet, l'art. 472 ne demande pas s'il y a ou non préjudice dans sa violation, c'est cette violation elle-même qui détermine la nullité de l'acte qui la renferme. Ajoutons qu'en se décidant par ce motif, la Cour a méconnu les dispositions qui règlent le mode de reddition des comptes de tutelle. En effet, pour arriver à constater l'absence de tout préjudice, elle a été dans la nécessité de procéder à l'examen et à l'apurement de la gestion du

tuteur. Or, ces formalités, dont la loi a prescrit la forme spéciale, échappaient à ses attributions.

146. — C'est ainsi que l'avait pensé la Cour d'Aix, dans un arrêt du 10 août 1809. Cet arrêt, rendu en audience solennelle, consacre l'opinion diamétralement opposée à celle adoptée par la Cour de Toulouse; ses motifs nous paraissant renfermer une saine appréciation de la matière nous croyons devoir les transcrire :

« Considérant que l'art. 472 du Code civil frappe de nullité tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, daté de dix jours avant le traité; que ces formalités ont été ordonnés pour garantir le mineur devenu majeur de toute surprise, parce que la loi suppose, comme le fait observer Pothier, que l'autorité morale du tuteur durant encore, il aura pu en abuser, ou que le pupille peu expérimenté et brûlant du désir de jouir enfin de ses droits, se sera décidé trop facilement à des sacrifices immodérés;

« Considérant que le tempérament proposé par le tuteur, de subordonner la demande en nullité du traité, au jugement du compte que ce traité renferme, tendrait à faire dépendre des débats que ce compte entraînerait la validité d'un acte frappé de nullité par la loi, et à donner effet à un contrat que la présomption légale présente comme le fruit du dol et de la fraude [1]. »

Ainsi, la Cour d'Aix ne croit pas non seulement pouvoir examiner elle-même la régularité du compte, et con-

[1] Dalloz A. tom. XII, pag. 764.

séquemment s'il y a ou non préjudice, mais même surseoir à prononcer sur la nullité jusqu'après la reddition régulière offerte par le tuteur. Ce mode de procéder est seul véritablement juridique, puisque, en effet, un traité n'est régulier que s'il a été précédé de la reddition de compte et de la remise des pièces depuis au moins dix jours. Quelle influence peut avoir sur un traité antérieur une reddition faite postérieurement, soit en justice, soit par la voie amiable?

En annulant donc le traité attaqué, la Cour d'Aix a mieux compris et plus sainement appliqué la loi que la Cour d'appel de Toulouse.

147. — On peut donc résoudre les questions que nous nous étions posées, en ce sens : que l'omission des formalités voulues par l'art. 472 du Code civil entraîne inévitablement la nullité du traité; qu'il naît de cette omission une présomption de dol, laquelle a la force des présomptions *juris et de jure*; qu'en conséquence, il n'est pas facultatif au juge d'admettre la validité du traité ou de la faire dépendre soit de la bonne foi des parties, soit de l'absence de tout préjudice.

148. — Il en serait autrement si, l'art. 472 ayant été exécuté, le litige s'engageait sur la nature de cette exécution. La question de savoir si elle a été complète ou insuffisante rentre alors dans l'appréciation des tribunaux et est laissée à l'arbitrage du juge.

Ainsi, il a été jugé en jurisprudence et admis en doctrine : qu'il appartient aux Cours de décider si la remise des pièces constatée soit par un récépissé sans date cer-

taine, soit par une clause expresse du traité, a été réellement faite en temps utile;

Si le mode de reddition de compte est tel que le prescrit la loi : s'il est suffisamment détaillé pour que le mineur devenu majeur ait pu le discuter d'une manière utile;

Si les pièces dont la remise est constatée, étaient ou non suffisantes pour appuyer valablement le compte et éclairer l'oyant-compte sur la nature de ses droits[1].

149. —La présomption de dol est-elle couverte par l'exécution donnée au traité? Cette question est toute résolue si l'exécution s'est prolongée assez pour laisser la prescription s'accomplir. Le doute ne peut naître que si avant l'acquisition de la prescription, mais après exécution, le mineur demande la nullité du contrat.

A notre avis, la solution de cette question dépend de la réponse à faire à celle-ci : Le mineur devenu majeur peut-il ratifier expressément le traité irrégulièrement intervenu sur les comptes de tutelle?

Or, la négative ne nous paraît pas pouvoir être contestée en présence du texte des art. 472 et 2045 du Code civil. En effet, l'acte de ratification expresse constituerait ou un traité nouveau ou une transaction.

Dans le premier cas, il serait atteint par la disposition prohibitive de l'art. 472, s'il n'avait pas été précédé des formalités qui y sont prescrites. Si ces formalités avaient au contraire été exécutées, le mineur devenu majeur serait lié non pas par le premier traité, mais par le second,

[1] *J. du P.*, Cass., 8 avril 1834.

qui, loin de n'être que la ratification de l'autre, deviendrait le seul titre que pût invoquer le tuteur.

Dans le second cas, le caractère de transaction ferait tomber l'acte sous le coup de la disposition de l'article 2045, à moins qu'il n'eût été précédé d'une reddition régulière. Et, dans cette hypothèse, le tuteur ne serait libéré que par la transaction elle-même et nullement par le traité sur lequel elle serait intervenue.

Ainsi, il n'y a pas, à proprement parler, de ratification expresse possible. Il fallait d'autant plus l'admettre ainsi, que le système contraire rendait purement illusoires les précautions prises par le législateur. Le tuteur, qui a eu assez d'ascendant pour obtenir du mineur devenu majeur un traité sur la gestion, avant d'en avoir rendu compte, trouvera dans ce même ascendant la faculté d'obtenir aussi un acte de ratification, si le succès, si le bénéfice de l'irrégularité de sa conduite lui est acquis à ce prix. D'autre part, l'ancien mineur qui, par faiblesse, par ignorance, par attachement, aura consenti le traité, n'apportera pas moins de facilité à en donner la ratification, et bientôt la nullité écrite dans la loi ne sera plus qu'une lettre morte.

Le traité fait en violation de l'art. 472 ne peut donc être ratifié tant qu'il n'a pas été purgé du vice qui l'infecte. Si cela est vrai, juste, légitime pour la ratification expresse, pourrait-on décider autrement pour celle résultant de l'exécution? Ce serait faire produire à la ratification présumée un effet que la ratification expresse n'est pas susceptible de produire. On comprendrait le contraire, car celle-ci ne saurait être douteuse, elle résulte d'un fait certain, elle est le produit d'une volonté clairement manifestée, tandis que la première n'est que la conséquence

d'une intention présumée, d'une appréciation dont les bases peuvent être contraires à la réalité des choses.

Il est donc impossible d'admettre une ratification tacite là où il ne saurait exister une ratification expresse; on ne peut faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement [1]. Cette considération, vraie sous toutes les législations justifie notre opinion.

Au reste, cette opinion est celle adoptée par la jurisprudence. C'est ce qu'attestent des monuments nombreux et décisifs [2].

150. — Il est vrai que les Dictionnaires et les Recueils d'arrêts indiquent, comme consacrant l'opinion contraire, un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 27 avril 1836. Mais c'est là une de ces indications erronées qui se glissent quelquefois au milieu de tant d'utiles recherches. Il

[1] La nullité prononcée par l'art. 472 ne peut se couvrir par une confirmation soit expresse, soit tacite, à moins que les conditions prescrites par cet article n'aient été préalablement accomplies. Toulier VIII. 506; Duranton, XII, 282; Demolombe, VIII, 94; Aubry et Rau I, § 121, p. 494; Laurent, V. 165. Civ. cass. 5 juin 1850, Sir. 50. I. 714.

La prescription de dix ans édictée par l'art, 1304 étant une confirmation tacite, il s'ensuit qu'elle ne commencera à courir que lorsque les formalités prescrites par l'art. 472 auront été remplies. MM. Aubry et Rau décident que si le compte n'est pas rendu, la prescription de 30 ans sera applicable (*Loc. cit.*). M. Laurent critique cette opinion (*Loc. cit*) : « L'action dérivant de l'art. 472, dit-il, reste une action en nullité, donc soumise à la prescription spéciale de dix ans. Seulement la prescription ne commencera à courir qu'à partir du jour où les conditions de l'art. 472 auront été remplies. » L'opinion de MM. Aubry et Rau nous paraît préférable et plus conforme aux principes généraux en matière de prescription.

[2] V. notamment Lyon, 31 décembre 1832; — Grenoble, 15 novembre 1837; — *J. du P.*, années 1832 et 1839, tom. II, pag. 288.

ne faut, en effet, que lire cet arrêt pour être convaincu qu'il n'a nullement la signification qu'on lui prête. Dans l'espèce qui s'y agitait, la Cour d'appel avait reconnu que l'exécution s'était prolongée pendant plus de dix ans après la majorité. Elle avait, en conséquence, rejeté l'action de l'ancien mineur sous le double rapport de la ratification et de la prescription. Il est évident que celle-ci emportait nécessairement l'autre, et que son existence enlevait, à la question des conséquences légales de l'exécution, toute son importance, sous le point de vue que nous examinons.

C'est, en effet, ce que pensa la Cour de cassation, qui ne s'en occupe même pas dans son arrêt. Voici en quels termes le pourvoi fut rejeté :

« Sur le deuxième moyen pris de la violation de l'art. 472 du Code civil et de la fausse application de l'art. 1338, attendu qu'indépendamment de la ratification résultant de l'exécution volontaire, l'arrêt attaqué a opposé le moyen de la prescription à la demande en nullité du traité intervenu entre les frères puînés Falize et leur frère aîné ;

» Qu'il a reconnu que, depuis la date des traités respectifs, il s'était écoulé plus de dix années ;

» Qu'à la vérité il y a eu à examiner, à l'égard de Léonard Falize jeune, si le partage opéré en 1828, avant l'expiration des dix années, à partir de son contrat de mariage, a pu empêcher le cours de la prescription, mais que ce partage, annulé comme frauduleux, ne peut être d'aucune considération dans l'instance [1] ».

Voilà tout ce que dit l'arrêt de la Cour de cassation.

[1] *J. du P.*, année 1836.

On voit que les magistrats qui l'ont rendu se bornent à signaler l'existence du moyen tiré de la ratification, et que rencontrant celui plus péremptoire de la prescription, c'est à celui-ci qu'ils s'attachent exclusivement.

Qu'aurait fait la Cour si la question de ratification lui eût été soumise indépendamment de tout autre moyen? C'est ce que son arrêt ne laisse pas même soupçonner. C'est donc à tort qu'on voudrait y puiser un argument en faveur du système que nous combattons.

151. — La présomption de dol, résultant de l'inobservation de l'art. 472 du Code civil, est uniquement dans l'intérêt du mineur. En conséquence, les droits dont cette présomption est l'origine sont attachés à la personne de celui-ci; leur exercice lui est exclusivement réservé.

Il suit de là :

1° Que l'ancien tuteur qui prétendrait s'être constitué à tort reliquataire, ne pourrait demander la nullité du traité irrégulièrement intervenu [1].

1° Que le traité intervenu entre le tuteur et l'héritier du mineur, n'est pas soumis aux formalités prescrites par l'art. 492 du Code civil [2];

3° Que l'action ouverte au mineur ne saurait être exercée par ses créanciers [3].

152. — Cette action passe-t-elle à l'héritier du mi-

1 Montpellier, 20 janvier 1830, DP., 30, 2, 124. — *Junge* Duranton, III, 639; Demolombe VIII, 92.

2 Bourges, 7 avril 1830, D. P., 30, 2, 138. — *Junge* Req. 19 mai 1863, Sir. 63, I, 305. — Voy. cependant Demolombe, VIII, 86 et 87.

3 Il ne s'agit pas ici d'un droit exclusivement attaché à la personne dans le sens de l'art. 1166 C. civ.

neur? On pourrait, pour l'affirmative, se fonder sur le droit de l'héritier à exercer toutes les actions utiles de son auteur [1], invoquer même l'art. 907 du Code civil, qui prohibe toute libéralité du mineur au tuteur jusqu'après l'apurement du compte, et soutenir que le silence gardé par le mineur pendant sa vie et après sa majorité renferme une donation déguisée et, conséquemment la violation de cette disposition.

Cependant, l'arrêt de Bourges du 7 avril 1830, que nous venons d'indiquer, paraît admettre que l'action que l'art. 472 donne au mineur devenu majeur lui est exclusivement personnelle, qu'elle ne passe pas à ses héritiers. Nous serions disposés à partager cette opinion et à trouver la preuve de la régularité de la reddition des comptes du tuteur dans l'exécution donnée par l'oyant au traité qui en a été le résultat. Il convient, en effet, de remarquer que, quoique non légalement exprimée, l'observation des formalités prescrites par l'art. 472 peut s'être réalisée. C'est cette présomption qui doit naturellement s'induire de l'inaction du principal intéressé, du mineur qui, depuis sa majorité, a traité avec son tuteur, et qui, pendant qu'il a vécu, n'a jamais réclamé.

Ainsi, le droit conféré par l'art. 472 du Code civil est purement personnel; il ne peut être exercé par aucun des représentants ou ayants cause du mineur devenu majeur. Ce que la Cour de Bourges a décidé pour les premiers, la Cour de Paris l'a admis pour les seconds, en jugeant que les créanciers ne pouvaient attaquer le traité fait par

[1] *Voy.* en ce sens, Aubry et Rau. I. § 121. p. 494. et § 312. — Cette opinion nous paraît préférable.

leur débiteur sans l'observation des règles tracées par ce même art. 472 [1].

153. — Ces principes sont importants, surtout pour l'application de l'art. 907 du Code civil, qui nous fournit de nouveaux exemples de dol présumé.

Ainsi le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur; il ne pourra, après sa majorité, disposer soit par donation entre vifs, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Dans chacune de ces hypothèses, la libéralité est présumée le produit des manœuvres du tuteur, le résultat d'une influence illégitime, d'une erreur abusivement entretenue, en un mot, d'un véritable dol [2].

154. — Le testament d'un mineur de plus de seize ans ne peut, on le comprend, être attaqué que par ses héritiers. Il suffit, pour le faire annuler, de prouver : d'un côté, la minorité du testateur; de l'autre, la qualité de tuteur de l'institué.

Le droit d'attaquer la donation entre vifs, faite contrai-

[1] *J. du P.*, 15 décembre 1830.

[2] L'incapacité prononcée contre le tuteur s'applique aussi au tuteur officieux (Demolombe, XVIII, 85); au protuteur (Demolombe, *Loc. cit.*, Req. 27 nov. 1848, Sir. 49, 1, 12); au cotuteur (Troplong, II, 626; Demolombe *Loc. cit.*) ; et au second mari de la mère qui a indûment conservé la tutelle (Troplong, II, 625; Demolombe, VIII, 84. Civ. cass. 14 nov. 1836, Sir. 37, I, 88.) — Les dispositions de l'art. 907 sont inapplicables aux tuteurs des personnes frappées d'interdiction légale ou judiciaire (Aubry et Rau, VII, § 649, p. 30; Demolombe. XVIII, 487 et 488).

rement à l'art. 907, appartient incontestablement au mineur lui-même. Le fait seul qu'elle a été consentie avant la reddition du compte tutélaire en entraîne immédiatement l'invalidité, alors même que cette reddition se fût réalisée plus tard. Mais si avant la donation le mineur devenu majeur avait fait, avec son tuteur, un traité de la nature de ceux proscrits par l'art. 472, la nullité de la donation ne pourrait être obtenue qu'après que celle du traité aurait été prononcée. Il est certain que si ce traité, contenant décharge, n'était pas attaqué [1], ou que s'il était maintenu, le tuteur aurait, en fait, rendu compte de sa gestion. Conséquemment, la donation ultérieurement consentie, serait régulièrement intervenue.

155. — C'est par ces considérations que l'on doit régir le sort de l'action en nullité soit de la donation, soit du testament, intentée par les héritiers de l'auteur de la libéralité contre l'ancien tuteur. On doit donc distinguer le cas où la libéralité aura été faite avant toute reddition de compte de celui où cette reddition a été opérée, mais sans les formalités exigées par l'art. 472 du Code civil.

Dans le premier cas, l'action est recevable. L'incapacité du légataire ou du donataire est absolue. Tous ceux qui ont intérêt à le faire peuvent en poursuivre le bénéfice.

Dans le second cas, au contraire, le tuteur a rendu compte, irrégulièrement sans doute, mais effectivement. Son incapacité n'est plus qu'éventuelle; elle reparaîtra si le traité qu'il a fait souscrire, en violation de l'article

[1] L'incapacité prévue par l'art. 907 cesse lorsque, plus de dix ans s'étant écoulés depuis la majorité de l'ancien pupille, le tuteur se trouve libéré de l'obligation de rendre compte. Voy. art. 475 (Troplong II. 623; Demolombe, XVIII, 480).

472 du Code civil, succombe dans une action intentée par celui qui a qualité pour le poursuivre. Tant que cette condition ne se réalise pas, la présomption est que le compte a été régulièrement rendu. Il est jugé tel par la partie qui aurait intérêt à faire juger le contraire.

156. — Sans doute cette présomption s'efface pour faire place à celle de dol, si la nullité du traité est poursuivie. Mais nous venons de voir que cette poursuite, toujours loisible pour le mineur (sauf le cas de prescription), ne peut appartenir à ses héritiers. Conséquemment, si le mineur meurt avant de l'avoir intentée, tout est consommé; le traité est désormais inattaquable.

Permettre, en cet état, aux héritiers, de faire révoquer les libéralités faites à l'ancien tuteur, serait atteindre à ce résultat vicieux que le traité sur la gestion tutélaire serait exécutoire et valable; que partant le tuteur serait censé s'être acquitté des devoirs que la loi lui impose; et que cependant, et par rapport à la libéralité, il continuerait d'être considéré comme ne les ayant pas remplis. En d'autres termes, l'incapacité subsisterait lorsque la cause qui la motive aurait cessé d'exister.

157. — C'est cette conséquence illogique dont la Cour d'Aix était frappée et qu'elle faisait clairement ressortir, lorsque dans son arrêt du 2 février 1841, elle maintenait les libéralités testamentaires que les héritiers de l'ancien mineur contestaient au tuteur, par les motifs que le compte de la tutelle, quoique irrégulier, était devenu inattaquable; qu'on ne pouvait plus l'annuler; qu'en cet état il y aurait inconséquence flagrante à anéantir le testament dont l'invalidité ne pourrait être pro-

noncée qu'autant que celle de la reddition des comptes l'aurait été [1].

158. — Vainement M. Dalloz, en rapportant cet arrêt, fait-il observer que la Cour d'Aix se met en contradiction avec un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1818, jugeant que l'art. 907 n'est qu'une application de l'art. 472, et par conséquent que l'inobservation du délai fixé par la remise préalable des pièces entraînait l'incapacité du tuteur. Cette contradiction n'existe réellement pas. Il n'y a, pour en être convaincu, qu'à lire ces deux arrêts.

Celui de la Cour d'Aix est intervenu sur la demande en nullité d'une disposition testamentaire faite après une reddition de compte, irrégulière il est vrai en ce que les pièces justificatives n'avaient pas été remises dix jours à l'avance, mais dont la validité n'avait jamais été contestée par l'ancien mineur, et ne l'était pas même devant la Cour.

Faut-il conclure, comme le fait le sommaire de l'arrêt, qu'en maintenant le traité intervenu sur cette reddition, la Cour d'Aix a jugé *que la disposition de l'art. 472, qui prescrit la remise des pièces dix jours au moins avant le traité, n'est pas exigée sous peine de nullité, en sorte que le même jour, le tuteur a pu rendre compte et recevoir sa décharge de la part de l'oyant?* Mais l'arrêt, dans son esprit et dans sa lettre, répugne à cette conclusion. S'il maintient la reddition, c'est que l'action ouverte par l'art. 472 était éteinte par la prescription au moment où elle aurait pu être exercée; que

[1] D. P., 41, 2, 98.

d'ailleurs cette action n'était pas même exercée; et qu'en cet état, quelle qu'elle fût, la reddition devait produire tous ses effets. « Attendu, dit la Cour, que la demanderesse serait non recevable à revenir sur l'acte renfermant reddition du compte de tutelle pour en faire prononcer la nullité; que cette nullité d'ailleurs n'a pas été demandée; et que les juges ne pourraient prendre en considération le plus ou moins d'irrégularité dont cet acte serait entaché, sans outre-passer leurs pouvoirs. »

Est-ce là, nous le demandons, décider que la disposition de l'art. 472 n'est pas prescrite à peine de nullité? Dire qu'une partie n'est pas recevable à faire valoir une nullité quelconque, est-ce déclarer que cette nullité n'existe pas?

159. — Dès lors, la Cour d'Aix, ne décidant rien en doctrine, n'a pu se mettre en contradiction avec la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 14 décembre 1818, ne juge qu'une seule chose, à savoir : que la cession qu'un enfant fait à son père, son tuteur, de tous ses droits maternels en masse, sans réserve ni exception, comprend les meubles et autres objets qui doivent entrer dans le compte de tutelle dû par le cessionnaire, qu'en conséquence cette cession est nulle, si elle n'a été précédée du compte de tutelle (1).

Or, dans cette espèce, il n'y avait eu aucune reddition de compte; c'était le mineur lui-même qui demandait la nullité. Aussi la seule difficulté qui était soulevée était celle de savoir si la cession constituait ou non un

[1] *J. du P.*, année 1818.

traité sur la gestion tutélaire tombant sous l'application de l'art. 472 du Code civil.

Il n'y avait donc entre cette espèce et celle jugée par la Cour d'Aix, aucune similitude. Il ne pouvait y avoir, dès lors, contradiction dans la décision. L'une et l'autre aussi se concilient parfaitement. Dans tous les cas, celle rendue par la Cour d'Aix fait une application tellement saine des véritables principes, que si elle eût été déférée à la Cour suprême, elle en aurait reçu une éclatante sanction.

160. — Il résulte de ce qui précède, qu'il n'y a réellement nullité dans la seconde hypothèse de l'art. 907, que lorsque la libéralité par acte entre vifs ou par testament a été faite avant toute reddition de compte. De quelque manière que la gestion ait été apurée, si elle l'a été, on ne peut parvenir à faire invalider la libéralité qu'en demandant d'abord la nullité du traité intervenu entre le mineur devenu majeur et son tuteur. Tant que ce traité existe légalement, il y a eu en réalité reddition de compte. La condition, exigée par l'art. 907, s'est accomplie, et partant l'incapacité du tuteur disparaît.

Nous avons dit de plus que l'action, pour faire prononcer la nullité du traité irrégulier, est toute personnelle au mineur, qu'elle ne passe pas même à ses héritiers (1). D'où la conséquence que le droit, que l'art. 907 ouvre à ceux-ci, ne saurait être exercé que lorsqu'il y a absence complète de reddition du compte tutélaire. Il est vrai que la Cour d'Aix ne s'est pas expliquée sur la personnalité de l'action. Mais on comprend que cette question n'ait

* [1] Voy. note 3, sous le nº 151, et note 1, sous le nº 152.

pas été agitée dans une espèce où la prescription était acquise et aurait repoussé le mineur lui-même. Le caractère de l'action aurait sans doute été agité, si cette circonstance ne s'était pas réalisée. Nous sommes certains que ce que la prescription a fait admettre serait également résulté du défaut d'action. Car, comme la prescription elle-même, l'absence de réclamations de la part de l'oyant-compte est une preuve de la régularité de la reddition, efface toute présomption de fraude et laisse le traité sortir à effet. Les comptes sont dès lors rendus et apurés, et l'incapacité édictée par l'art. 907 contre l'ancien tuteur, n'ayant plus de cause, s'efface et disparaît.

Au reste, ce n'est pas seulement contre les libéralités entre mineurs et tuteurs que la loi a cru devoir se précautionner. Elle en agit de même toutes les fois qu'elle peut craindre que la disposition ne soit en définitive autre chose que le résultat d'une affection légitime, d'une volonté ferme, éclairée, libre.

161. — L'art. 909 du Code civil nous en offre un remarquable exemple. Aux termes de sa disposition, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne de la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs et testamentaires qu'elle avait faites pendant le cours de sa maladie.

162. — Le motif de cette prohibition est facile à saisir. La libéralité peut n'avoir été dictée au malade que par le désir d'être agréable à celui qui est en quelque sorte l'arbitre de sa santé et même de sa vie; que dans l'objet de l'intéresser par la reconnaissance et d'obtenir

ainsi un redoublement de soins et de zèle. Elle peut aussi avoir été suggérée par le médecin lui-même, dont l'empire sur l'esprit du malade est d'autant plus fort que le danger est plus imminent, et que les promesses de rétablissement sont plus précises. Dans un cas comme dans l'autre, la disposition n'a aucune cause avouable, c'est la maladie qui en est l'occasion, c'est la qualité du donataire qui la détermine, c'est la guérison espérée qui en est en quelque sorte la condition. C'est surtout à ce dernier titre qu' elle était énergiquement proscrite par la loi romaine : *Quos etiam ea patimur accipere, quæ satis afferunt pro obsequiis, non ea quæ periclitantes pro salutem promittunt* [1].

Partant du même point de vue, la loi française a dû arriver à un résultat identique, elle a donc considéré les libéralités de ce genre comme les produits d'une violence morale qu'il eût été fâcheux d'encourager. Cette détermination est avouée par le bon sens et la justice; en effet, si la spontanéité de volonté, si l'existence d'une cause légitime est désirable dans les actes à titre onéreux, elle l'est bien plus encore dans les dispositions à titre gratuit. Ces dernières dépouillent le disposant lui-même, une famille appelée par la loi, sans équivalent aucun, au profit de tiers qui n'ont d'autres droits que l'élection même dont ils sont l'objet. Il convenait donc d'empêcher que l'élection fût, dans son principe, entachée d'un vice quelconque, et conséquemment, on devait lui refuser tous ses effets, lorsqu'elle pouvait n'être que le résultat de l'entraînement ou le produit de l'obsession.

Or, n'est-ce pas ce qui se réalise dans les libéralités

1 L, 9, Cod. *De professoribus et medicis.*

dont s'occupe l'art. 909 ? N'ayant le plus souvent d'autre cause que la maladie elle-même, faites à un donataire dont le seul titre est d'être médecin, c'est-à-dire présumé capable de déterminer par ses prescriptions ce retour à la santé si vivement désiré ? Certes, la coïncidence de cette double condition était de nature à faire naître le soupçon, à armer la sévérité du législateur, à le décider enfin à adopter une mesure qui, toute préventive, a le mérite incontestable de retenir dans les bornes de la probité, celui qui, appelé au chevet d'un malade, oserait vouloir abuser de son caractère et de son influence.

163. — La véritable pensée du législateur a donc été de se prémunir contre la faiblesse de l'un, contre l'abus de l'empire que l'autre doit à sa qualité. Ce qui le prouve, c'est que la présomption de dol n'est acquise que par la réunion des circonstances que nous signalions, à savoir : 1° que le malade donateur ait été traité par le médecin donataire, pendant la maladie dont il est décédé ; 2° que la libéralité ait été faite pendant le cours de la maladie. Le défaut d'existence de l'une ou l'autre de ces conditions laisserait la libéralité sous l'empire des principes ordinaires. C'est ce qui a été souverainement jugé le 9 avril 1836, par la Cour de cassation [1].

On ne pourrait, au reste, décider le contraire sans se mettre en contradiction avec l'esprit de la loi. La disposition prescrite par l'art. 909 n'est traitée avec cette sévérité que parce qu'elle est envisagée comme un pacte sur la guérison future. Il faut donc de toute nécessité, pour que ce pacte existe, que ses divers éléments se réalisent

[1] *J. du P.*, année 1836.

simultanément. Si donc la libéralité avait été consentie avant la maladie, soit pendant le cours d'une maladie précédente, soit pendant que le disposant jouissait d'une santé parfaite, on ne pourrait la considérer comme la condition de soins qui n'étaient ni nécessaires ni requis. Rien n'empêcherait donc qu'elle sortît à effet.

164. — Ainsi, celui qui attaque une libéralité au point de vue de l'art. 909, doit nécessairement prouver l'existence de la double condition que nous venons de signaler. Mais il n'y a que cela à prouver, car la réunion de ces conditions imprime à la disposition un tel caractère que son annulation en est une conséquence forcée.

Or, la plupart des circonstances sur lesquelles ces conditions reposent sont de nature à être matériellement constatées. Le commencement de la maladie rapproché de la date de la disposition, le fait du décès du disposant, les soins donnés par l'institué, sont des points sur lesquels il sera facile d'asseoir une opinion.

La date de la donation apprendra par elle-même si elle est contemporaine de l'état de maladie, surtout s'il s'agit d'une disposition entre vifs constatée par acte authentique. Mais il peut y avoir plus de difficultés s'il s'agit d'un testament olographe. On sait que ce testament fait foi de sa date. En réalité cependant, rien n'est plus facile que de l'antidater, et c'est ce que l'on fera sans doute lorsqu'il s'agira d'éluder la disposition de l'article 909.

C'est dans ce cas surtout que se décèle l'importance de la prescription sur la simultanéité des conditions que nous venons d'indiquer. La date seule du testament faisant évanouir l'une d'elles, la libéralité est à l'abri de toute atteinte, alors même qu'il y a lieu de soupçonner l'antidate. Cepen-

dant comme cette antidate constitue une simulation contre une disposition prohibitive de la loi, les héritiers pourront l'attaquer ; mais leur action se trouvera, dans ce cas régie par les principes ordinaires, aux termes desquels la fraude ne se présume jamais. Ils seront donc obligés d'en fournir la preuve.

Quant à la qualité du donataire, ne perdons pas de vue qu'elle n'est pas par elle seule un indice de dol. Il faut en outre qu'elle coïncide avec le traitement de la maladie. C'est donc l'existence de ce traitement qu'il convient d'abord d'établir.

Ainsi, par exemple, l'art. 909 place les pharmaciens au nombre des personnes suspectes. Mais il est certain que la prohibition ne peut les atteindre que lorsque, prenant la place du médecin, ils en ont rempli les devoirs durant le cours de la maladie. Ainsi si, se renfermant dans leur ministère, les pharmaciens se sont bornés à préparer et à fournir les remèdes prescrits, la libéralité dont ils seront l'objet n'a rien d'illicite ni de suspect [1].

165. — Ce point, constant en doctrine et en jurisprudence, en confirmant ce que nous disions, que l'incapacité est bien plutôt une conséquence du traitement que de la qualité de la personne, doit servir à résoudre une difficulté qui s'est quelquefois présentée sur l'application de l'art. 909, aux personnes qui, sans être revêtues d'un caractère légal, ont cependant réellement traité le malade donateur.

Contre cette application, on a dit qu'en matière de dé-

* [1] Voy. en ce sens, Toullier, v, 69 ; Duranton, viii, 253 ; Troplong, ii, 645 ; Demolombe, xviii, 506 ; Aubry et Rau, vii, 649 p. 31 ; Laurent xi, 340.

chéances ou d'incapacités, la loi doit être entendue dans un sens restrictif; que l'art. 909 ne pouvait donc être invoqué que contre les personnes qui y sont nominalement désignées, que l'étendre à d'autres, c'est le violer et faire une assimilation qu'il ne saurait comporter.

A ces objections il a été répondu que la présomption créée par l'art. 909 est fondée sur l'empire que l'on doit reconnaître au donataire sur l'esprit du donateur; que cet empire s'acquiert non pas parce qu'on est médecin, chirurgien, officier de santé ou pharmacien, mais bien parce que, appelé auprès du malade, on en remplit les fonctions en prescrivant le traitement qui doit lui faire recouvrer la santé; que si, sous l'empire de ces idées, la loi a nominativement désigné certaines professions, c'est que ceux qui les exercent légalement sont le plus ordinairement choisis; qu'elle n'a pas dû supposer qu'un autre pût usurper leurs fonctions et se constituer ainsi en délit; qu'elle a dû, en tout état des choses, s'abstenir d'une désignation qui, fondée sur cette possibilité, aurait pu paraître un encouragement; que dans tous les cas il serait singulier qu'un individu, agissant comme médecin et ne l'étant pas, fût traité plus favorablement que le médecin légalement institué.

D'ailleurs, il est évident que celui qui s'ingère dans l'art de guérir, qui en exerce les fonctions, devient, en fait, le médecin de celui qui lui a confié la direction de sa santé. Il rentre donc, comme tel, dans la catégorie des personnes nommées dans l'art. 909. Il y a même, pour lui faire partager l'incapacité de celles-ci, une supériorité de raisons incontestables. Les charlatans, les empiriques sont loin de présenter les garanties de moralité et de délicatesse que l'on trouve chez les personnes vouées à l'exer-

cice des diverses branches de l'art de guérir. Etait-ce donc au moment où la fraude acquiert plus de vraisemblance, que le législateur se serait départi des précautions qu'il a jugées indispensables dans tous les cas?

Non, il ne pouvait ni ne devait le faire. Il ne l'a pas fait, en réalité, car il les a, sinon explicitement, du moins implicitement désignés dans sa disposition. C'est ce qu'enseignent les débats et les explications qui ont eu lieu dans le sein du conseil d'Etat et à la tribune de nos chambres législatives. Rappelons-nous ce passage du rapport que M. Jaubert faisait au Tribunat : *Il serait superflu de faire remarquer que la loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir* [1].

Ce n'est donc pas ajouter à l'art. 909, que de le rendre commun à ceux qui, sans aucun titre, auront traité un malade et usurpé la qualité de médecin; c'est au contraire lui donner sa véritable signification. C'est ainsi que l'enseignent Merlin, Toullier, Duranton. c'est aussi ce qui a été consacré par la jurisprudence. [2].

166. — En effet, la Cour d'appel de Paris a annulé, le 9 mai 1820, le legs fait à un individu qui exerçait la profession de médecin sans titre et qui avait reçu chez lui le testateur, comme pensionnaire, quelques années avant son décès [3].

De son côté, la Cour de Grenoble a jugé, le 9 mai 1830, qu'une femme qui exerce habituellement l'art de guérir, se

[1] Locré, *Lég.* tom. XI, pag. 442, n° 17.

*[2] *Junge* Marcadé, sur l'art. 909, n° 1; Troplong, II, 648; Demolombe, XVIII § II et suiv; Aubry et Rau, VII, § 549, p. 31; Laurent, XI, n° 341.

[3] Dalloz A., tom. V, pag. 282.

trouve comprise dans la prohibition de l'art. 909; qu'en conséquence elle ne peut profiter des dispositions testamentaires faites en sa faveur par la personne qu'elle a traitée pendant sa dernière maladie [1].

167. — Cette doctrine nous paraît tellement conforme à l'esprit véritable de la loi, que nous l'appliquons, sans hésiter, au don ou legs fait en faveur d'une sage-femme. En effet, de deux choses l'une, ou la sage-femme a été appelée pour un accouchement, ou elle l'a été pour une maladie ordinaire.

Dans le premier cas, elle a légalement capacité pour suivre l'accouchement dans toutes ses phases, pour en prescrire et en suivre le traitement. Elle est donc, quant à ce, le véritable chirurgien, l'arbitre de la santé et même de la vie de la malade. Par voie de conséquence, on doit lui supposer toute l'influence que le médecin pourrait avoir lui-même.

Dans le second cas, la mission que la sage-femme accepte est en dehors de ses pouvoirs, elle constitue même le délit d'exercice illégal de la médecine. Mais nous venons de voir que l'art. 909 n'est pas impuissant devant une usurpation de ce genre. Dès lors, la sage-femme, rentrant dans la classe des médecins sans titre, serait atteinte par la prohibition qui leur est commune avec les véritables médecins [2].

168. — On s'est, de plus, demandé si cette prohibition doit s'étendre aux garde-malades qui ont soigné la per-

[1] *J. du P.*, année 1830.

[2] Voy. Bayle-Mouillard sur Grenier, I. 128, note *a* ; Troplong ; II, 648 ; Demolombe, XVIII, 510 ; Laurent, XI, 341.

sonne qui a disposé en leur faveur. Cette question peut avoir de l'importance, en ce qui concerne les religieuses qui se sont vouées à cette profession. Leur éducation et leur position les mettent à même d'exercer et d'acquérir une influence à laquelle des garde-malades, prises dans les rangs infimes de la société, ne pourraient que très-difficilement atteindre.

Quoi qu'il en soit, la négative qui a été généralement admise nous paraît résoudre la question dans un sens aussi raisonnable que légal. Une garde malade est une domestique que l'on peut renvoyer. Il n'y a entre les services qu'on attend d'elle et ceux que le médecin peut rendre, ni assimilation ni analogie. C'est donc aux intéressés à mettre un terme aux obsessions dont le malade peut être l'objet de sa part ; à eux encore à poursuivre, mais par application des principes ordinaires, la nullité des avantages que ces obsessions auraient déterminées [1].

169.— En résumé, l'application de l'art. 909 se détermine bien plutôt par la conduite du donataire à l'égard du donateur, que par la qualité dont le premier se trouve revêtu. Médecin ou non, celui qui a présidé aux soins reçus par le malade, dicté le traitement, doit être privé des libéralités qu'il aurait obtenues pendant la durée de ce traitement et de ces soins. Nous aurons, cependant, à faire remarquer une différence, quant aux exceptions autorisées par l'art. 909, entre les personnes que cet article désigne nommément et celles qui leur ont emprunté leur

* [1] En ce sens, Toullier, v. 67 ; Duranton, VIII, 252 ; Troplong, II, 645 et 648 ; Demolombe, XVIII, 509 ; Aubry et Rau, VII, § 649, p. 31. Laurent, XI, 341. *contra*, Delvincourt, II, p. 205.

qualité [1]. Mais, quant à l'application du principe général, nous le répétons, ce qui est essentiel à constater, c'est le fait du traitement.

A quels caractères devra-t-on en reconnaître l'existence? C'est là une question dont l'appréciation ne pouvait être ni précisée ni limitée. C'est donc aux magistrats qu'il appartient de la résoudre souverainement et selon les inspirations de leur conscience. C'est ce que la Cour de cassation a consacré par son arrêt du 9 avril 1835, en décidant : que le traitement présente, par l'ensemble des circonstances, la qualité des remèdes et la nature des soins, un fait complexe dont l'appréciation est confiée aux lumières et à la conscience des juges.

Ce qui est certain, toutefois, c'est qu'on ne saurait voir un traitement, tel que l'entend la loi, dans le fait d'avoir rendu quelques visites, donné accidentellement quelques soins ou indiqué quelques-uns de ces remèdes inoffensifs qui se trouvent dans la bouche de tout le monde. Ainsi, le médecin appelé en consultation [2], la personne qui se serait bornée à indiquer un traitement sans le suivre, celle qui, se trouvant quelquefois auprès du malade, aurait aidé à le panser, ne pourraient être considérées comme incapables de recueillir la libéralité dont elles auraient été l'objet. L'idée que suggère l'exigence d'un traitement emporte avec elle celle de soins constants, d'une direction exclusive et journalière des soins à donner au malade. On ne saurait donc le confondre, soit avec l'appel et le secours accidentel d'un habile praticien qui, étranger au traitement du malade avant la consultation,

[1] V. *infra, De la fraude,* chap. I. sect. I.

* [2] Voy. Toullier, V, 69; Duranton, VIII, 253; Aubry et Rau, VII, § 649, p. 31; Laurent, XI, 340; Req. 12 oct. 1812.

redevient après celle-ci ce qu'il était auparavant; soit avec les marques d'intérêt que les amis du malade seraient dans le cas de lui prodiguer.

169 *bis.* — Un procès qui a eu un certain retentissement est venu donner à la justice l'occasion d'affirmer la véritable portée de l'art. 909.

Atteint de phthisie pulmonaire, le duc de Grammont-Caderousse décédait à Paris, le 25 septembre 1865, délaissant un testament qui instituait le docteur Déclat son légataire universel.

Les héritiers naturels attaquent ce testament, ils soutiennent que le docteur Déclat a traité le testateur depuis le début de la maladie jusqu'à son terme, qu'il était par conséquent atteint de l'incapacité édictée par l'art. 909.

Mais c'est au Caire que le duc de Caderousse qui était allé demander à l'Égypte un climat plus favorable, avait rédigé son testament; et le docteur Déclat étant resté en France, c'est évidemment par des médecins autres que lui que le malade était traité au moment de la rédaction du testament. Cette circonstance devait-elle, pouvait-elle faire écarter l'application de l'art. 909?

Dans l'intérêt du docteur Déclat on soutenait l'affirmative. Cet article, disait-on, n'atteint que le médecin qui a traité le malade, et qui le traitait réellement au moment de la disposition faite en sa faveur, il exige donc que la disposition soit contemporaine du traitement.

A l'appui de cette interprétation, on se prévalait du texte et de l'esprit de l'art. 909. En exigeant que le médecin ait traité le malade de la maladie dont il est mort, et que la libéralité ait été consentie pendant le cours de cette maladie, la loi semble référer à un seul et même espace

de temps et la disposition et le traitement. Or l'art. 909 créant une incapacité, édictant une nullité doit être strictement restreint dans les limites qu'il trace.

C'est d'ailleurs cette signification que lui affecte l'esprit dans lequel il a été conçu. Ce que la loi redoute, c'est l'abus de l'influence que le médecin acquiert naturellement sur l'esprit du malade, or cette influence ne peut résulter que du traitement actuel. En dehors de cette condition, la prohibition n'aurait plus de cause rationnelle, elle ne peut donc atteindre ni le médecin qui a cessé de traiter le malade, ni celui qui sera plus tard appelé à le traiter.

« En résumé, disait une consultation rédigée par M. Valette, l'art. 909 est une disposition *strictissimi juris,* qui se base sur une présomption d'empire abusif exercé sur une volonté affaiblie et malade, le traitement est l'élément essentiel de cette présomption. S'il manque au moment de la disposition, il ne saurait engendrer la présomption, or la présomption absente, l'incapacité manque de base. »

En fait, ces considérations ne prévalurent pas et ne pouvaient prévaloir par cette raison décisive d'ailleurs, qu'elles étaient sans application possible dans l'espèce, car Déclat, en effet, n'était, par rapport au duc de Caderousse, ni le médecin passé, ni le médecin futur, il l'avait traité dès l'origine de la maladie jusqu'à son dénouement.

Il est vrai qu'il ne l'avait pas accompagné en Egypte, mais une correspondance active le mettait chaque jour au courant de la marche de la maladie et de l'état du malade, et provoquait ainsi des avis, des conseils qu'il ne devait pas ménager.

Aussi la Cour de Paris concluait-elle : qu'en examinant l'ensemble des faits, on restait convaincu que le

docteur Déclat avait été, dans la réalité, sans interruption, depuis 1858, le médecin du duc de Grammont-Caderousse; qu'il l'avait traité exclusivement tant que la guérison lui avait paru possible, admettant ensuite tous les soins et toutes les tentatives, ainsi qu'on agit envers un malade arrivé à une situation désespérée.

En droit, le système qui exige la concomitance du traitement et de la libéralité ouvrirait une large issue à la fraude, et permettrait d'éluder la sage disposition de l'art. 909. Le médecin qui aurait voulu abuser de la confiance qu'on avait en lui, n'aurait pas manqué de faire de la libéralité, la condition préalable à un concours qu'une grande réputation rendait plus précieux, soit d'interrompre momentanément ses soins, pour échapper aux effets de la prohibition.

On comprend toutes les difficultés que l'articulation de cette fraude aurait offertes à la justice et les abus qui pourraient naître de la substitution de l'arbitrage du juge à une règle fixe et immuable. C'est pour couper court à toutes ces difficultés et pour obvier à cet inconvénient que le législateur a édicté l'art. 909. A quelque époque de la maladie dont le malade est mort que la libéralité ait été faite, le médecin qui a traité le malade soit avant, soit depuis, ne saurait en profiter. Considérée dans un cas comme le prix, dans l'autre, comme la condition de ses soins, la disposition est, de plein droit, nulle et de nul effet.

Par application de ces principes, le Tribunal civil, d'abord, la Cour de Paris ensuite, accueillent la demande des héritiers de Caderousse, et annulent le legs universel fait en faveur du docteur Déclat [1].

[1] 8 mars 1867, J. du P., 1680.

« Considérant, en résumé, dit la Cour, qu'il est justifié d'une part, que la maladie dernière du testateur était commencée au jour de son testament, et, d'autre part, que le légataire le traitait alors et a continué de le traiter en qualité de médecin jusqu'à son dernier jour;

« Considérant que cette situation autorisait en faveur du docteur Déclat les libéralités les plus largement rémunératoires, mais a pour effet d'annuler le legs universel contenu au testament du 24 janvier 1865. »

169 *ter.* — Cette conclusion s'induisait, en effet, forcément, du caractère de l'art. 909. La présomption de captation qui sert de base à sa disposition est *juris et de jure*; elle est donc absolue, et n'admet aucune preuve contraire, il ne saurait y être dérogé que dans les cas qu'il énumère et qui sont essentiellement limitatifs.

Le médecin, par exemple, qui pour justifier la libéralité faite en sa faveur exciperait de sa parenté avec le malade, devrait justifier d'une parenté au quatrième degré. A défaut il ne pourrait se soustraire à l'application de l'art. 909, fut-il en réalité parent au cinquième degré, c'est ce que la Cour de cassation décidait expressément, le 7 avril 1863.

Dans cette espèce, les héritiers naturels d'un sieur Ricaud demandaient la nullité des libéralités faites par celui-ci au sieur Vizerie, et offraient de prouver, qu'à l'époque où ces libéralités avaient été consenties, Ricaud était atteint de la maladie dont il était mort, et que le sieur Vizerie était alors son médecin habituel et principal, ce qui le plaçait sous le coup de la prohibition édictée par l'art. 909.

Le sieur Vizerie soutenait qu'à l'époque où avaient été faites les dispositions attaquées, Ricaud n'était point

malade dans l'acception ordinaire de ce mot; qu'il n'était mort que de vieillesse; que ses libéralités s'adressaient d'ailleurs non au médecin, mais au parent et à l'ami. (Vizerie était en effet parent au cinquième degré de Ricaud et son successible dans la ligne maternelle). A l'appui de sa prétention à ce sujet, Vizerie offrait de prouver que Ricaud avait formellement exprimé devant témoins qu'il entendait ne donner qu'au parent et à l'ami.

Le Tribunal civil de Bergerac avait admis la preuve de tous les faits cotés par les demandeurs et le défendeur; mais sur l'appel, la Cour de Bordeaux, tout en déclarant pertinent le dernier fait en avait écarté la preuve comme inadmissible en droit :

« Attendu, disait l'arrêt, que si Ricaud avait réellement exprimé devant témoins qu'il entendait donner à l'ami et au parent, ce fait prouvé serait démonstratif de l'intention attribuée au testateur; qu'ainsi restreinte la preuve est assurément pertinente; mais qu'il reste à examiner si la loi ne la défend pas;

» Attendu qu'à la différence de l'ancien droit qui n'avait pas de prohibitions expresses contre les libéralités faites aux médecins, et d'une jurisprudence qui en créant la prohibition par voie d'analogie, restait évidemment libre de tempérer, suivant les circonstances, la rigueur de ses applications, le Code civil, dans son art. 909, porte, comme règle générale, l'incapacité pour les médecins de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par leurs malades pendant la maladie dont ils meurent;

» Que cette incapacité motivée par la crainte des abus que pourrait entraîner l'empire presque illimité exercé sur l'esprit de l'homme en danger par le médecin duquel

il attend son salut, n'est limitée, dans le texte de la loi, que par deux exceptions, l'une en faveur de la reconnaissance procédant par voie de simple rémunération; l'autre en faveur de la parenté proche;

» Attendu que les dispositions faites en faveur de Vizerie, ne rentrant ni dans l'une ni dans l'autre, restent sous l'application de la règle générale, qui est l'incapacité.

» Attendu qu'il n'est pas possible de créer une troisième exception en faveur du médecin qui serait en même temps l'ami ou le parent plus ou moins éloigné de son malade, sans contrevenir à l'esprit aussi bien qu'au texte de l'art. 909.

» Qu'une telle distinction, dépourvue d'éléments certains, ne serait faite, dans la plupart des cas, qu'au moyen d'une appréciation arbitraire que le Code civil a voulu précisément prévenir, et qui, toujours possible, laisserait à la discrétion du juge l'anéantissement de la règle établie par le législateur;

» Attendu que cette exception, réclamée en dehors des termes de la loi, n'est nullement nécessaire pour assurer une liberté bien largement suffisante aux actes d'affection qui, entre le médecin et le testateur, peuvent procéder soit des liens de famille, soit de l'impulsion de l'amitié;

» Qu'en effet, cette liberté est garantie, non-seulement par l'exception introduite par la loi même en faveur du médecin proche parent, mais encore par la validité des dispositions libérales faites antérieurement à la dernière maladie au profit du médecin ami ou parent éloigné; celui-ci eût-il ensuite soigné le testateur pendant la maladie dont il est mort.

» Qu'en un mot, pour disposer valablement en faveur de son médecin, sans risquer de se priver des soins qu'il

peut en attendre, il suffit au testateur de prendre cette précaution avant la dernière maladie, ce qu'on manque bien rarement de faire en pareil cas, lorsqu'on obéit aux sentiments d'une vive et ancienne affection, indépendante de l'influence naturelle qui s'établit du médecin à son malade;

» Attendu qu'étant ainsi démontré que les exceptions de l'art. 909 ne sont pas susceptibles d'extension, il faut reconnaître que l'incapacité légale qui y est écrite, repose sur une présomption *juris et de jure* contre laquelle aucune preuve ne saurait être admise. »

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation, on lui reprochait d'avoir violé l'art. 909, en ce qu'il décidait que celui auquel on opposait qu'il avait, comme médecin, traité le testateur pendant sa dernière maladie, ici pouvait exciper qu'il était successible et appelé par la loi à recueillir une partie de la succession. L'art. 909, disait-on entre autres, ne dit pas que le médecin que la loi aurait appelé à la succession, si elle se fut ouverte *ab intestat*, ne pourra, dans les conditions qu'il pose, venir à cette succession, en vertu d'une disposition entre vifs ou testamentaire; il ne devait pas le dire, parce que le législateur, après avoir réglé la transmission héréditaire des biens dans l'intérêt des familles, et conséquemment de la société elle-même, a fait de l'art. 909 une des garanties de cette transmission, et que ce serait tourner cette dernière disposition contre son but, que d'en faire résulter la nullité d'une donation ou d'un legs fait au médecin parent successible. Ce médecin est d'ailleurs dans l'ordre présumé des affections du défunt, et comment celui que la loi appelle à la succession pourraitil être repoussé parce que le défunt l'aurait, lui aussi, appelé.

Le demandeur en cassation reprochait à l'arrêt d'avoir une seconde fois violé l'art. 909, en décidant que la présomption de captation qui est la base de l'incapacité qu'il édicte ne comportait pas la preuve contraire, et d'avoir, en conséquence, repoussé celle qu'il offrait et qui tendait à établir qu'aucune manœuvre illégitime n'avait déterminé les libéralités dont il avait été l'objet.

« La prohibition édictée par l'art. 909, disait-on, a pour cause la crainte que le médecin n'exerce une influence abusive sur l'esprit du malade, mais ce n'est là qu'une présomption qui doit céder à la preuve contraire, s'il est démontré que le médecin n'a pas abusé de son influence pour obtenir des libéralités ; s'il est démontré, au contraire, que ces libéralités n'ont eu pour cause que des rapports de parenté et d'affection, pourquoi le médecin serait-il incapable de les recevoir? La loi a voulu prévenir la captation, mais non empêcher le testateur de laisser à son parent ou à son ami un témoignage de son affection. »

Oui, mais comment apprécier la verité? Quoi que disent les témoins, ils ne sauraient offrir que des suppositions, que des conjectures, laissant la place à une interprétation plus ou moins exacte. Or c'est cette interprétation que le législateur a précisement entendu proscrire en imposant une règle absolue ne comportant d'autres exceptions que celles que l'art. 909 consacre expressément.

Aussi la Cour de cassation ne s'arrête ni à l'un ni à l'autre de ces reproches, et se rangeant à la doctrine de la Cour de Bordeaux, rejette-t-elle le pourvoi par arrêt du 7 avril 1863 [1].

[1] *J. du. P.* 1863, 737.

169 *quater.* — Donc, pour la Cour de cassation le legs fait par un malade, pendant la maladie dont il est mort, au médecin qui l'a traité dans le cours de cette maladie, tombe sous la prohibition portée par l'art. 909 C. civ. alors même que le médecin serait l'un de ses héritiers légitimes, si leur parenté dépasse le quatrième degré; et la présomption légale de captation qui a motivé l'incapacité légale de recevoir contre le médecin est tellement absolue et inflexible, que la preuve que la libéralité a été déterminée, non par les soins donnés, mais par la qualité de parent et d'ami du testateur ne peut pas être admise.

Il est évident que l'art. 909 a pour objet de protéger les héritiers naturels en les mettant à l'abri contre l'abus d'une influence dont on aurait pu être tenté d'abuser. Mais leur exhérédation, si elle ne peut se réaliser en faveur du médecin, n'en sera pas moins complète si un testament, quelle qu'en soit la date, institue un légataire universel étranger à la famille. Ce légataire pourra-t-il se prévaloir à son tour de l'art. 909?

On soutenait la négative dans l'espèce de l'arrêt qui précède, mais cette doctrine ne fut accueillie ni par la Cour de Bordeaux, ni par la Cour de cassation, elle ne pouvait l'être légalement.

En droit, l'intérêt est la mesure de l'action. Or le légataire universel étant appelé à profiter de la caducité des legs particuliers, son intérêt à provoquer cette caducité ne saurait être ni méconnu ni contesté.

Que l'exercice de son droit puisse être sévèrement qualifié, c'est-ce dont on ne saurait disconvenir. Si le testateur l'a préféré à ses parents, ce n'est que pour la part de la succession restant libre après les legs particuliers, et

c'est évidemment cette part qu'il a entendu lui léguer exclusivement, prétendre au delà, c'est s'insurger contre une intention que, plus que personne, le légataire universel devrait respecter, mais ce respect, les tribunaux ne peuvent l'imposer, et tant que la loi n'aura pas été modifiée, ils doivent accueillir et consacrer les demandes en nullité des legs particuliers prohibés par la loi, ou faits à des incapables.

Qu'importe dans cette hypothèse que le médecin soit parent du malade qu'il a traité, si cette parenté excède le quatrième degré? L'existence d'un légataire universel rend cette parenté absolument stérile, et le seul titre dont le médecin pourrait se prévaloir, est précisément la vocation dont il a été l'objet de la part de son malade, et à laquelle la loi refuse tout effet.

Si l'annulation du testament ou de la donation ouvre la succession *ab intestat*, le médecin parent au degré successible, viendra y prendre la part que lui attribue son degré de parenté, mais la nullité des libéralités faites au mépris de l'art. 909, n'en sera pas moins acquise et n'en devra pas moins être consacrée.

Où serait cependant l'intérêt de cette annulation si ces libéralités n'excèdent pas la part revenant au médecin en sa qualité de successible? Mais cette part ne peut être déterminée avec précision que par les opérations du partage. L'impossibilité de l'apprécier avant ne permettra donc pas de refuser l'application de l'article 909 poursuivie par les cohéritiers

169 *quinto.* — Nous avons vu la Cour de Paris, dans son arrêt Déclat-Caderousse, tout en annulant le legs universel en faveur du docteur, déclarer que la situation

de celui-ci autorisait les libéralités le plus largement rémunératrices. Armé de ce témoignage considérable, le docteur Déclat formait contre les héritiers Caderousse une demande en paiement de 200,000 fr., soit à titre de legs rémunératoire venant remplacer, par le pouvoir du juge, et dans une proportion réductible à la volonté de celui-ci, le legs universel, soit à titre d'honoraires du médecin.

La demande supposait que la nullité du legs universel, atteint par l'art. 909 C. civ., n'était pas absolue, et que le juge avait le pouvoir de convertir ce legs en un legs à titre particulier, en le réduisant à la proportion d'une juste et légitime rémunération. Voici comment on essayait de le justifier.

« Si le défunt avait fait une libéralité à titre particulier et rémunératoire, mais d'une valeur trop considérable, il est admis en doctrine et en jurisprudence que les magistrats, au lieu d'annuler pour le tout doivent se borner à réduire. La logique ne veut-elle pas, dès lors, que, dans le cas où la position au profit du médecin est à titre universel, les juges puissent lui donner effet en la convertissant en legs à titre particulier? Les raisons de décider sont les mêmes dans les deux hypothèses; celui qui a voulu le plus, voulait certainement le moins, la conversion n'expose pas plus que la réduction à contrarier l'intention du défunt. Les libéralités des personnes décédées doivent être interprétées dans le sens qui leur donne un effet. »

Le législateur eût pu, et peut être dû avoir égard à ces considérations et en laisser les conséquences à l'appréciation des magistrats; il eût ainsi permis d'appliquer équitablement l'art 909, lorsqu'il s'agirait d'un testateur d'un esprit tellement supérieur qu'un entraînement est mora-

lement impossible, d'un Lacordaire par exemple, ou uni à son légataire par les liens d'une vieille et dévouée affection, comme le duc de Caderousse pour le docteur Déclat.

Mais ce pouvoir d'appréciation, le législateur ne pouvait le conférer sans tomber dans la plus choquante contradiction. La nullité édictée par l'art. 909 n'a d'autre fondement que la présomption que la libéralité a été le résultat de la captation et de l'abus de l'influence du médecin, et cette présomption, la loi ne permet pas même de la discuter; donc à ses yeux, si le testateur n'avait pas été entraîné par cette captation, et victime de cet abus d'influence, il n'aurait pas pris les dispositions qui lui ont été frauduleusement arrachées.

Comment, dès lors, aurait-elle permis que les tribunaux accordassent un effet quelconque à ces dispositions. S'il est une faculté qui soit exclusivement personnelle, c'est évidemment celle de tester, et si le malade n'a pu exprimer une intention éclairée, personne autre ne peut y suppléer, car il n'est donné à personne de connaître ce qu'il aurait fait s'il avait pu manifester une volonté libre.

Qu'on ne parle pas du droit de réduire la disposition à titre particulier et rémunératoire, ce droit n'existe que parce que la loi le confère expressément. En exigeant que ces dispositions soient proportionnées aux facultés du disposant, l'art. 909 autorise le juge à les ramener à cette proportion si elles s'en écartent. L'idée d'une récompense par le malade à son médecin n'a rien que de très naturel, mais il ne faudrait pas que l'influence de celui-ci aboutît à une récompense exagérée, et c'est à cela que l'art. 909 a remédié.

On ne saurait donc raisonner du pouvoir de réduire à celui de convertir en disposition universelle la dispo-

sition à titre particulier. Ce qui rend toute assimilation impossible, c'est que la loi qui prohibe expressément celui-ci autorise non moins expressément celui-là.

Il n'y avait donc pas à hésiter, et la Cour de Paris ne pouvait que repousser la demande. Le pourvoi dont son arrêt avait été l'objet était rejeté le 24 mars 1870 [1].

170. — L'incapacité édictée contre les médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens est étendue par l'art. 909 aux ministres du culte [2]. Ceux-ci ne peuvent donc recevoir aucune libéralité, sous quelque forme que ce soit, du malade dont ils ont dirigé la conscience. Cette disposition est conforme aux principes de notre jurisprudence ancienne. Le Code pouvait d'autant moins hésiter à la consacrer, qu'au point de vue où se plaçait le législateur, cette consécration devenait une nécessité impérieuse.

En effet, s'il est vrai que le médecin soit dans le cas de se créer, par l'exercice de ses fonctions, une influence grave sur l'esprit de son malade, il convient, néanmoins, de reconnaître que cette influence ne sera jamais aussi facile, aussi puissante que celle que le prêtre trouvera dans l'exercice de son ministère. Ministre de la religion, dispensateur de ses grâces, son empire sur l'esprit faible et timoré du mourant sera sans bornes. La foi religieuse,

[1] *J. du P.* 1870, 609.

* [2] Elle s'applique aux ministres du culte protestant (Troplong, II, 651; Marcadé, sur l'art. 909, n° 11; Bayle-Mouillard sur Grenier, I, 129, note *a*; Demante, IV; 30 *bis*; Aubry et Rau, VI, § 649; Bordeaux, 7 déc. 1857, Sir. 58, 2, 481 — *Contra* Toullier), et aux ministres du culte israélite (Demolombe XVIII, 519; Alger, 30 avril 1856, Sir. 59, 1 ,396) comme à ceux du culte catholique.

qui a le plus longtemps sommeillé, se réveille quelquefois plus ardente et plus vive en présence du terrible problème qui va se résoudre. Est-il, dans une pareille circonstance, un sacrifice capable d'arrêter celui qui, placé sur le seuil de l'éternité et dans une pensée de salut, croira devoir se concilier la religion et obtenir le pardon que le prêtre est autorisé à faire descendre sur sa couche de douleurs et d'agonie ?

L'abus est donc bien plus à craindre du médecin de l'âme que du médecin du corps. Il y a entre la mission de l'un et de l'autre, toute la distance qui sépare les profondeurs de la croyance religieuse, de la foi que peuvent inspirer les promesses si incertaines de la science humaine. En conséquence, excepter l'une des précautions ordonnées contre l'autre, c'était se condamner à rester désarmé en présence d'un danger plus imminent et plus réel.

Sans doute, si les ministres du culte étaient tous ce qu'ils devraient être, ces précautions eussent été inutiles. Mais de quoi n'a-t-on pas abusé? L'histoire de notre justice, tant civile que criminelle, est là pour nous apprendre que partout où il y a des hommes, les passions, même les plus honteuses, savent se frayer une large et déplorable voie.

Retenir dans le devoir ceux qui seraient tentés de s'en écarter, telle doit être la pensée de toute législation. A ce titre, la disposition dont nous nous occupons est éminemment morale et juste.

Les libéralités faites aux ministres du culte sont donc, comme celles au profit des médecins et chirurgiens, frappées d'une présomption de dol. Les unes et les autres ne sont, aux yeux de la loi, que le produit de

sentiments suggérés, que le résultat d'une influence illégitime.

171. — Mais on donnerait à l'art. 909 une interprétation abusive, si l'on voulait en faire ressortir une incapacité absolue, en ce qui concerne les ministres du culte. En les plaçant sur la même ligne que les médecins, cet article leur rend communes, non seulement la prohibition elle-même, mais encore les conditions auxquelles elle est encourue. En d'autres termes, la nullité de la disposition ayant pour cause unique la présomption d'une influence illégitime, elle ne saurait être ni demandée ni ordonnée lorsque les circonstances prouvent que cette influence n'a pu se réaliser.

Ainsi, pour que le ministre du culte soit atteint de l'incapacité édictée par la loi, il faut qu'il ait usé de son caractère pendant le cours de la maladie, prodigué au malade les soins spirituels et dirigé sa conscience. Si ces conditions ne se sont pas réalisées, ou si sa conduite auprès du malade est exclusive de toute idée d'influence, la libéralité légalement obtenue devra sortir à effet [1].

172. — Il a été jugé que le prêtre qui n'a pas confessé le malade pendant sa dernière maladie mais qui, postérieurement au testament, lui a donné, au moment où il allait expirer, l'extrême-onction, n'est pas frappé de

* [1] Les ministres du culte ne sont pas incapables de recevoir des malades auxquels ils n'ont pas donné les secours spirituels, bien qu'ils soient constamment restés près d'eux pendant leur maladie. Toullier, v, 69; Duranton, VIII, 259; Demolombe, XVIII, 516; Aubry et Rau VIII, § 649, p. 35; Req. 18 mai 1807.

La solution doit être la même à l'égard de ceux qui se sont bornés à administrer aux mourants le viatique et l'extrême-onction. Duranton, *Loc. cit.*; Troplong, II. 650; Aubry et Rau, *Loc. cit.*

l'incapacité de recevoir exprimée dans le dernier alinéa de l'art. 909 [1].

173. — Il semblerait résulter de cette doctrine que la confession seule établit l'incapacité. Cette opinion, qui était celle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée, doit-elle encore être suivie sous l'empire du Code?

La Cour de Grenoble l'a tellement pensé ainsi, qu'elle a décidé, le 14 avril 1806, que le prêtre qui est continuellement resté auprès d'une personne pendant la maladie dans laquelle elle a fait son testament et dont elle est morte, qui lui a donné l'extrême-onction, sans l'avoir cependant confessée, n'est pas incapable de recueillir les dispositions faites à son profit dans ce testament [2].

174. — Si cette solution devait recevoir la consécration d'un principe, on arriverait, par une conséquence directe, à éluder facilement les prescriptions de l'art. 909, dans le cas précisément où leur application serait le plus nécessaire. Qu'un prêtre puisse, par sa présence continuelle, acquérir sur le malade cet ascendant que la loi redoute; que le malade obéisse, dans ces dispositions de dernière volonté, aux suggestions dont cet ascendant peut être suivi, c'est ce qu'il est naturel d'admettre. Or, c'est précisément contre une hypothèse de ce genre que la loi s'est armée de sévérité.

Si donc il suffisait au prêtre, qui par ses assiduités, par des entretiens fréquents, par ses visites journalières a solidement établi son empire sur le malade, de s'abs-

[1] *Journal du Palais*, Toulouse, 20 novembre 1835.

[2] Dalloz A., tom. v, pag. 292.

tenir de le confesser pour être capable de recevoir les libéralités dont il serait l'objet, l'art. 909 ne serait plus qu'une menace vaine dont on pourrait impunément se jouer.

Aussi, apparaît-il, de l'arrêt lui même, que la Cour de Grenoble, frappée de ces considérations, n'en a point méconnu la gravité; qu'elle a voulu rendre un arrêt d'espèce plutôt qu'un arrêt de principe. C'est ainsi qu'elle constate d'abord que la libéralité attaquée doit, par son peu d'importance, être considérée comme un acte de rémunération; que les faits allégués n'étaient pas prouvés; qu'ils étaient même de toute invraisemblance, d'après les opinions que le testateur avait manifestées par écrit. On peut dès lors, dit avec raison M. Dalloz jeune, croire que la Cour eût décidé autrement, si les assiduités du prêtre, même sans confession, avaient été de nature à captiver l'esprit du malade, par l'influence de son caractère sacerdotal [1].

C'est encore ce caractère spécial de l'arrêt qui a déterminé le rejet du pourvoi dont il avait été frappé :

« Attendu, dit en effet la Cour suprême, que l'incapacité résultant de l'art 909, en ce qui concerne les ministres du culte, n'est point absolue, et qu'elle ne s'applique qu'à ceux de ces ministres qui ont rempli les fonctions de leur culte auprès du testateur; attendu que l'arrêt attaqué décide en fait que l'abbé Geneys n'a rempli aucune fonction de cette espèce auprès du sieur Montlouvier; d'où il suit qu'il était capable de recevoir de celui-ci toute espèce de legs. »

[1] *Dict. de jurispr.*, v° *Disp. entre vifs*, n° 219.

175. — Il résulte, selon nous, de cette jurisprudence, une seule chose, à savoir : que, de même que le traitement par le médecin, l'assistance du prêtre est, par sa nature, par ses circonstances, un fait complexe dont l'appréciation souveraine est laissée à la prudence et aux lumières du juge ; que si elle se décèle forcément par la confession, elle peut aussi exister en l'absence de celle-ci ; qu'il y a donc incapacité toutes les fois que les faits relevés tendent à faire considérer la donation ou le legs comme le produit de l'influence acquise au donataire ou légataire.

Cette conclusion nous paraît d'autant plus rationnelle que s'il fallait admettre la confession comme la cause unique de l'incapacité édictée par la loi, il faudrait, comme le fait Toullier, arriver, par voie de conséquence, à décider que l'art. 909 est inapplicable aux ministres des religions qui n'admettent pas la confession. Cependant la volonté du législateur, d'atteindre les ministres de tous les cultes, ne saurait être douteuse. Elle résulte invinciblement de l'esprit et des motifs de la loi [1].

176. — La présomption de dol, créée par l'art. 909, est une présomption *juris et de jure*. L'institué contre lequel on aura fait la preuve exigée par la loi, ne pourra faire maintenir la disposition attaquée qu'en justifiant qu'il se trouve dans un des cas d'exception autorisés par ce même article.

Ces exceptions se rapportent à la nature de la disposition, à la qualité de la personne appelée à en profiter. Il

* [1] Selon M. Laurent, l'incapacité peut frapper celui qui n'a pas confessé le malade, si, du reste, il est constant qu'il lui a donné les soins de son ministère, les visites, exhortations et consolations constituant précisément le traitement dont la loi se défie (tome XI, n° 358).

était naturel, en effet, de restreindre l'art. 909 dans des limites raisonnables, de ne pas le rendre un obstacle invincible à tout témoignage d'une reconnaissance méritée ou d'une affection légitime. Agir autrement, c'était éloigner du malade les soins de ses parents, de ses amis les plus affectueux, les plus dévoués.

« On n'a pas voulu, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, que le malade fût privé de donner à ses médecins quelque marque de sa reconnaissaissance, eu égard à sa fortune et aux soins qui lui auraient été rendus; il eût été aussi injuste d'interdire les dispositions, celles-mêmes qui seraient universelles, faites par le malade, au profit de ceux qui le traiteraient et qui seraient de ses parents. S'il y avait des héritiers en ligne directe, du nombre desquels ils ne seraient pas, la présomption, qui est la cause de leur incapacité, reprendrait toute sa force [1] ».

Ces considérations enlèvent à l'application de la loi toute difficulté sérieuse. On sait ce que peut, ce que doit être un acte de gratitude. Récompenser quelqu'un, ce n'est pas ordinairement lui donner tout son bien, au détriment des droits que les relations de famille, que les liens de parenté supposent et créent.

177. — De là cette conséquence qu'une institution universelle ne saurait jamais constituer un simple acte de rémunération. C'est pourquoi la loi commande l'annulation dans tous les cas, alors même que le disposant, ne laissant que des collatéraux éloignés, l'eût qualifiée

[1] Locré, t. XII, pag. 364, n° 8.

de rémunération [1]. On ne verrait dans cette qualification qu'une fraude à l'effet d'éluder la prohibition de la loi.

Ajoutons que la nullité d'une institution de ce genre est générale et absolue. Elle est également présumée le produit d'une suggestion illégitime; et dès lors il est impossible de l'attribuer en tout ou en partie à la volonté libre de son auteur. Les tribunaux ne pourraient donc, procédant par voie de retranchement, la réduire aux proportions d'un acte rémunératoire. Ce serait valider en partie une volonté que la loi proclame sans effet.

178. — Il n'en est pas de même de l'institution particulière. La loi qui l'autorise ne peut pas admettre qu'elle soit excessive, car l'abus qu'elle a voulu proscrire dans l'institution universelle se reproduirait bientôt sous la forme d'une disposition à titre rémunératoire. Le testateur pourrait s'exagérer la portée des soins qu'il reçoit. On pourrait même lui en suggérer la pensée. C'est pour éviter que le mal ne fût ainsi déplacé que le législateur a tracé les éléments qui doivent servir à l'appréciation de la libéralité. Ces éléments sont : d'un côté la fortune du disposant, de l'autre la nature des soins qu'il a reçus. Les tribunaux doivent donc se renfermer dans ces limites et réduire la disposition qui paraîtrait s'en écarter [2].

Le maintien d'une institution rémunératoire peut être réclamé dans tous les cas et par tous les ayants droit. Peu importerait que cette institution n'eût pas été faite expres-

* [1] En ce sens, Coin-Delisle, sur l'art. 909, n° 13 ; Demolombe, XVIII, 531 ; Aubry et Rau, VII, § 649, p. 33 ; Req. 24 mars 1870, Sir. 70, 1, 233.

* [2] Dans ce cas, les tribunaux ne pourraient pas prononcer la nullité de la disposition et se borner à allouer au légataire une somme représentative de ses honoraires, Troplong, II, 637; Civ. cass., 13 août 1844; Sir. 44, 1, 710.

sément à ce titre. Il suffirait qu'au fond elle fût bien réellement un témoignage de reconnaissance pour qu'elle dût recevoir sa pleine et entière exécution.

179. — L'institution universelle est autorisée lorsque celui qui en a été l'objet, quoique appartenant à la catégorie des personnes désignées par l'art. 909, est parent du testateur au quatrième degré inclusivement, si celui-ci ne laisse aucun héritier en ligne directe. S'il existe des héritiers directs, et que l'appelé ne soit pas du nombre, l'institution universelle doit être annulée.

180. — Ces prescriptions de l'art. 909 sont irritantes et absolues. Les médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens ne pourraient, en dehors de ces conditions, exciper de l'affection du testateur pour faire maintenir la libéralité. Il y a plus encore. La loi ne s'expliquant pas sur l'alliance, l'existence de celle-ci, même à un degré très-rapproché, ne ferait pas disparaître l'incapacité. Dans ces matières, la prohibition forme le droit commun. Elle ne comporte donc d'autres exceptions que celles qui sont formellement autorisées. Le législateur n'ayant pas mis l'alliance sur la même ligne que la parenté, a, par cela seul, excepté la première de la règle tracée pour celle-ci.

181. — Doit-on appliquer les mêmes principes aux personnes qui, sans caractère légal, ont traité le testateur pendant sa dernière maladie ?

Nous avons vu que ces personnes sont assimilées, quant à la prohibition, aux médecins, chirurgiens et pharmaciens, nommément désignés par la loi. On devrait donc

conclure qu'il est naturel d'exiger pour elles ce qu'on exige pour ceux-ci.

Mais ne perdons pas de vue que leur incapacité résulte d'une analogie dont on ne saurait contester la justesse. Or, c'est cette analogie qu'il s'agit d'établir, et cette recherche présente aux juges une appréciation de fait livrée à leur conscience, mais qui, dans tous les cas, doit, pour se placer sous le coup de l'art. 909, constituer véritablement l'abus que cet article a voulu réprimer. Ainsi l'analogie sera complète, lorsque les soins donnés sont dus à l'usurpation des fonctions, lorsqu'ils sont une conséquence des connaissances médicales supposées, et que c'est à ce titre unique que l'institué a été appelé.

Mais il n'y a plus aucune analogie lorsque celui qui a traité le malade, sans être médecin, n'a agi que sous l'influence de la pensée d'un devoir. Lorsque d'un côté les soins, de l'autre l'affection sont justifiés par des relations antérieures, non équivoques, dont la continuation ne saurait être blâmée sans condamner les plus nobles des sentiments, l'affection et la reconnaissance. Dans ce cas, la loi ne se trouve plus en présence d'une présomption d'abus de la faiblesse d'un moribond; elle doit, dès lors, respecter les volontés manifestées par celui-ci.

182. — C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, le 24 juillet 1832, que la prohibition de l'art. 909 ne s'applique pas à celui qui, sans titre légal, a exercé la médecine, la chirurgie ou la pharmacie à l'égard du malade qui a testé en sa faveur, lorsqu'il a été traité par lui, sa vie durant, comme son fils[1].

[1] *J. du P.*, année 1832.

Dans cette espèce, le légataire avait été recueilli à l'âge de deux ans par le testateur, qui l'avait élevé et envoyé en dernier lieu étudier la médecine à Paris. A la nouvelle du péril de son bienfaiteur, l'élève, abandonnant ses études, était accouru à son chevet, lui consacrer les connaissances médicales qu'il devait à ses bienfaits. On comprend dès lors que les magistrats, appréciant sa conduite, les motifs qui la lui dictaient, aient refusé d'y voir une assimilation quelconque avec les actes que l'art. 909 prohibe. C'était là une décision morale et juste que la Cour suprême ne pouvait blâmer. C'est surtout pour de pareilles hypothèses qu'on doit mettre en pratique cette maxime de la raison écrite : *Laudandus potius quam exhæredandus heres.*

Il est vrai que les mêmes considérations militeraient pour le médecin titulaire qui aurait traité un malade dans une semblable hypothèse. Cependant l'arrêt de la Cour de cassation semble indiquer qu'on devrait, pour celui-ci, maintenir la prohibition de l'art. 909. Mais si le magistrat, usant du pouvoir souverain d'appréciation que la loi lui confère, est libre, lorsqu'il s'agit de rechercher si l'acte qui lui est dénoncé tombe ou non sous le coup de la prohibition, de n'écouter que les inspirations de sa conscience ; cette liberté, il ne l'a plus lorsque la loi s'est nettement et formellement expliquée. Or, c'est ce qui se réalise à l'égard des personnes nommément désignées par l'art. 909. Pour elles, il n'y a que deux exceptions, à savoir : celle tirée de la parenté au quatrième degré, celle tirée du caractère rémunératoire de la disposition. On ne pourrait donc en ajouter d'autres, sans violer la volonté formelle du législateur, sans affaiblir la règle

générale qu'il a tracée, sans changer complètement la nature et le caractère de sa disposition.

183. — La seconde condition, indispensable pour qu'on présume le dol, c'est, nous l'avons déjà dit, que la libéralité en faveur des personnes suspectes ait été faite pendant le cours de la maladie dont le testateur est mort. Puisque la sévérité de la loi n'est que la conséquence de la crainte que la disposition ne soit due en réalité qu'à l'entraînement et à la faiblesse, il était de rigueur que les circonstances qui ont pu les déterminer, l'un et l'autre, se fussent continuées, sans interruption, du jour de l'acte à celui où il doit sortir à effet. Si, dans l'intervalle, le disposant a pu détruire, modifier ou changer les volontés d'abord exprimées, et qu'il se soit abstenu de le faire, on doit avec raison considérer sa conduite comme la preuve que c'est avec pleine liberté d'esprit et de son gré qu'il a pris sa détermination.

Vainement donc prouverait-on qu'une institution a été faite par un malade, pendant le cours de sa maladie, en faveur du médecin qui l'a traité, ou du prêtre qui a dirigé sa conscience. Si le malade, revenu à la santé, a laissé subsister son institution, rien ne s'opposerait à son exécution, alors même que, dans la maladie nouvelle à laquelle il a succombé, le médecin et le prêtre eussent continué à exercer auprès de lui l'exercice de leur ministère.

Il en serait de même si le testament ou la donation avait été fait en état de santé et avant toute atteinte du mal dont le testateur ou le donataire est devenu la victime.

Mais on ne saurait avoir égard, dans l'appréciation de ces exceptions, ni à la durée de la maladie, ni à son caractère. Il importerait peu qu'elle se fût prolongée des années

entières : qu'elle ait offert des intermittences de santé. Si en définitive elle n'a jamais entièrement cédé, et si née antérieurement au testament, elle a eu une issue funeste, l'art. 909 doit recevoir son application.

La Cour de Toulouse vient de le décider ainsi dans une fort remarquable espèce :

Le 21 novembre 1861, l'illustre père Lacordaire décédait en l'état d'un testament du 17 décembre 1860, qui instituait pour héritier le père Mourey, sous-directeur de l'école de Sorèze, et qui avait été, dans ses dernières années, le confesseur du testateur.

L'un des frères de celui-ci attaque le testament et en demande la nullité, non pas seulement comme contenant un legs déguisé en faveur d'un incapable, mais encore comme tombant sous l'application de l'art. 909. Cette demande est accueillie par le Tribunal de Castres.

Appel, et le 12 janvier 1864, arrêt de la Cour de Toulouse qui confirme. Nous transcrivons les motifs de cet arrêt qui déterminent la véritable portée de l'art. 909 et ses diverses applications :

« Attendu qu'un premier fait n'a pas été contesté, c'est que le père Lacordaire, pendant les dernières années de sa vie, a toujours eu pour confesseur le père Mourey ;

» Qu'un second fait a été également reconnu, c'est que la santé du père Lacordaire, s'était gravement altérée dès le commencement de l'année 1860 ;

» Que la seule question à résoudre est celle de savoir si, à la date du 17 décembre 1860, le testateur était déjà atteint de la maladie à laquelle il a succombé onze mois plus tard ;

» Attendu que parmi les documents dont il a été fait

usage, il faut distinguer ceux qui émanent du père Lacordaire et du père Mourey ; qu'en rapprochant ces derniers documents des faits et circonstances de la cause, il est facile de se convaincre que le père Lacordaire, pendant les deux années 1860 et 1861, n'a eu qu'une seule maladie, persévérante dans son cours, fatale dans son issue, dont le point de départ certain se fixe au courant de 1860 époque, où le révérend père, saisi à l'autel même de violentes douleurs de tête et de reins, fut obligé de se retirer précipitamment dans sa chambre ; qu'à juger cette maladie par les symptômes qui l'ont manifestée, on conçoit que les hommes de l'art l'aient appelée *anémie*, ou appauvrissement du sang affectant l'estomac, les entrailles et le cœur ; que du reste, dans la maison de Sorèze, nul ne savait mieux la vérité sur ce point que le père Mourey, et c'est lui qui a écrit ces lignes : *la science avait déclaré une anémie et prescrit le repos ; le cœur, l'estomac, les entrailles, ressentaient successivement les atteintes du mal ; on en voyait les traces dans un amaigrissement successif.*

» Attendu que le père Lacordaire, instruit de la nature de son mal, n'a pas hésité à prendre des mesures pour alléger le fardeau que faisait peser sur lui l'administration de son ordre ; qu'il a même adressé à tous les prieurs des circulaires par lesquelles il leur faisait connaître l'affaiblissement progressif de ses forces, son état de faiblesse, sa maladie de langueur ; qu'à la fin de 1860, prévoyant et non découragé, il a écrit son testament du 17 décembre, en même temps qu'il préparait son discours de réception à l'Académie française ; que le jour où il a pris possession de son fauteuil, le grand orateur a pu laisser croire qu'il avait recouvré la santé, mais qu'il était perdu dès ce jour pour le Corps illustre qui venait de l'entendre ;

» Attendu qu'au mois d'avril suivant, la maladie avait repris son cours, et, malgré sa répugnance à sortir des maisons de son ordre, le père Lacordaire avait consenti à aller respirer un autre air dans le département de la Somme; que quelque semaines plus tard, il se retrouvait déjà à Sorèze, entouré de ses élèves, salué par leurs acclamations, auxquelles il répondait par la promesse de ne plus se séparer d'eux; mais que dans ce cas encore, il était perdu pour ceux qui se montraient si fiers de le posséder; qu'on peut même dire que cette fois aucune illusion ne lui était permise, car il arrivait de Paris, où il avait interrogé le docteur Rayer, et c'est encore le mot *anémie* que ce savant médecin avait écrit dans une consultation désespérée, désespérée comme allait le devenir la situation du père Lacordaire, pour qui, une existence de quelques mois ne pouvait plus être qu'un martyre d'égale durée;

» Attendu que ces faits suffisent pour démontrer l'unité d'une maladie qui, reconnue une anémie en 1860, était encore une anémie en 1861, avec cette circonstance qu'elle s'était compliquée d'une affection intestinale : que c'est bien la marche continue de cette maladie que le père Lacordaire a lui-même constatée dans sa correspondance avec les religieux de son ordre, lorsqu'il leur a écrit : en mai 1860, *qu'il luttait depuis trois mois contre un affaiblissement progessif*; en septembre 1860, *que la congrégation intermédiaire de la province réunie à Flavignie le 1er septembre de cette année, avait bien voulu prendre en considération l'état de faiblesse où il était tombé depuis plus de six mois*; en avril 1861, *que la maladie de langueur dont il était atteint depuis une année, avait paru céder pendant l'hiver, mais que les fatigues et l'influence de la mauvaise saison lui avaient rendu son cours*;

» Attendu que le père Lacordaire n'existait plus quelques mois après avoir écrit la dernière de ces lettres où, parlant de sa maladie à trois époques, il en faisait remonter le cours à trois mois, à six mois, à une année; qu'on peut donc affirmer qu'à dater du mois de mars 1860, il n'y a pas eu d'époque où le père Lacordaire n'ait été atteint de la maladie dont il est mort; que ce jugement n'est pas plus contredit par le discours qu'il a prononcé à l'Académie française, que par les pages éloquentes dont il a été parlé dans les débats, et que son génie dictait encore à l'approche de son heure suprême; que tout ce qu'on peut induire des dernières productions de son esprit, c'est que dans cette organisation exceptionnelle, l'âme triomphait aisément des défaillances du corps, et que sa grande intelligence ne s'est voilée que dans les angoisses da sa cruelle agonie;

» Attendu que la prohibition écrite dans l'art. 909 du Code Napoléon est absolue, tellement absolue qu'il ne convient pas même d'examiner si le père Lacordaire, à raison de la supériorité de son esprit, était à l'abri de la captation que la loi présume et qu'elle a voulu atteindre par l'application d'une règle inflexible [1]. »

Un honorable professeur à la faculté de Toulouse, M. Bressoles, tout en reconnaissant que cette arrêt est inattaquable, qu'il est littéralement, et même matériellement conforme au texte de l'art. 909; tout en déclarant qu'il n'entend pas en faire la critique, n'hésite pas cependant à lui reprocher de n'avoir résolu que par prétérition la véritable question qu'un litige de cette nature offrira, à savoir ; si lorsqu'un testateur est mort à la

[1] *J. du P.*, 1864, 724.

suite d'une maladie chronique, le legs fait par lui en faveur de son confesseur, à toute époque depuis le commencement de la maladie, est frappé de nullité en vertu de l'art. 909[1].

L'auteur se prononce pour la négative, et nous avouons que les efforts qu'il fait pour justifier son opinion, ne nous ont pas convaincu.

Ce que nous reprochons à cette opinion, c'est de méconnaître le caractère de l'art. 909, et de vouloir à la règle absolue, inflexible qu'il trace, substituer une appréciation arbitraire, et l'arbitraire est fort à craindre quelques pures que soient les mains appelées à en disposer.

Certes le principe que, dans les maladies chroniques, l'art. 909 ne doit être appliqué *qu'à la période où l'état du malade a été définitivement déclaré désespéré, et où les progrès incessants du mal ont dû bientôt amener la mort,* est fort simple. Mais ce qui l'est beaucoup moins, c'est son application.

Quelle règle à suivre dans cette application? A quels signes reconnaître la période suspecte? Exigera-t-on que le décès ait eu lieu dans les vingt-quatre heures, ou bien dans huit, dans quinze, dans les trente jours?

On voit quelles incertitudes soulève ce principe, et M. Bressoles vient les compliquer encore en appelant les magistrats à substituer leur appréciation à celle de la science. Il reconnaît en effet que les médecins seront utiles à consulter, mais il n'admet pas que leur avis soit souverain. De telle sorte que la Faculté disant noir, le Tribunal ou la Cour pourra dire blanc!

Une pareille anomalie n'a pu entrer dans les prévisions

[1] *Revue critique de jurispr.*, tom. 24, pag. 426.

du législateur, qui n'a même rien laissé à l'appréciation de qui que ce soit. Pour lui, la gravité de la maladie résulte de son issue funeste, quel que soit l'intervalle qui sépare celle-ci de l'invasion de la maladie.

N'est-il pas en effet des maladies qui, une fois déclarées, ne finissent qu'avec le malade lui-même? Supposez une phthisie pulmonaire. Qu'importe que des soins affectueux aient prolongé la vie du malade; que ce malade ait vécu trois mois, six mois, un an; il n'en était pas moins fatalement voué à la mort, dès le jour où la maladie a éclaté.

Or, il n'existe que trop de ces maladies essentiellement mortelles, et dans lesquelles pour fixer l'époque où le malade a été dans un état désespéré, il faut, pour être dans le vrai, remonter au début même de la maladie. Or, refuser dans ce cas d'appliquer l'art. 909, par l'unique raison que cette maladie a duré plus longtemps, c'est évidemment se placer en dehors du texte et de l'esprit de cet article.

Comment admettre d'ailleurs que sa disposition n'ait en vue que les maladies aiguës? La prohibition qu'il consacre n'a d'autre fondement que la supposition de l'influence qu'exercera, sur le malade, le médecin ou le confesseur. Or il est évident que si la maladie est aiguë et se termine dans quelques jours, cette influence n'aura pas eu le temps de s'établir.

Ce temps, la maladie chronique le ménage abondamment. Donc le système de M. Bressoles ne va à rien moins qu'à convaincre le législateur de la plus flagrante inconséquence, puisqu'il renoncerait à son système de précautions au moment précisément où le danger plus imminent rendrait ces précautions plus indispensables.

Il n'y a donc pas à équivoquer sur le sens et la portée de l'art. 909, la Cour de Toulouse l'a dit avec raison. Dans les litiges que son application soulèvera, l'unique question sera de savoir s'il y a concomitance entre la date du testament attaqué et l'existence de la maladie mortelle.

C'est-à-dire, comme l'observe très rationnellement le savant doyen de la Faculté de Caen, M. Demolombe, qu'il s'agira en réalité d'une question de fait, médicale autant que juridique, et sur laquelle des magistrats auront souvent à recourir aux lumières des hommes de l'art.

Or, nous ne saurions ni comprendre ni admettre que lorsque ces hommes de l'art auront unanimement reconnu qu'il n'a existé qu'une maladie unique, essentiellement et nécessairement mortelle; déclaré que l'état du malade était aussi désespéré le premier jour que le dernier, les magistrats puissent dire autre chose et refuser d'appliquer l'art. 909 [1].

184. — Nous avons déjà plusieurs fois rappelé qu'on ne peut accomplir indirectement ce que la loi prohibe de faire d'une manière directe. Par application de ce principe à la matière qui nous occupe, on ne devrait pas hésiter à annuler la libéralité que l'on aurait déguisée sous les apparences d'un acte à titre onéreux. L'acte, dans cette hypothèse, réunirait la fraude au dol. L'application de l'art. 909 n'en serait que plus urgente, que mieux justifiée.

* [1] *Voy.* Troplong, II, 646; Bressolles, *Revue critique,* 1864, XXIV, p. 426 et suiv.; Demolombe, XVIII, 528; Aubry et Rau, VII, § 649, p. 32; Req. 12 janv. 1833, Sir. 33, 1, 339; 9 avril 1835, Sir. 35, 1, 450; Toulouse, 12 janv. 1864, Sir. 64, 2, 114; Paris, 8 mars 1867, Sir. 67, 2, 169.

Doit-on, dans ce cas, présumer la simulation? Quel est le mode de preuves admissible? C'est ce que nous aurons à rechercher dans la seconde partie de cet ouvrage, dans laquelle nous aurons à nous occuper de la fraude d'une manière spéciale [1].

185. — La disposition de l'art. 1965 du Code civil pourrait nous fournir un nouvel exemple de dol présumé. Le refus de toute action pour dettes de jeu n'est en principe, fondé que sur l'illégitimité des moyens qui les ont constituées.

Cependant, il y a entre la dette de jeu et la dette produite par le dol cette différence essentielle : que la première crée une obligation naturelle reconnue par la loi. Ainsi l'art. 1969 déclare non sujet à répétition tout ce qui a été volontairement payé par le perdant. La seconde, au contraire, n'oblige ni civilement ni naturellement. Dès lors, et par application de l'art. 1235 du Code civil, tout ce qui aurait été payé par le débiteur doit lui être remboursé.

Nous aurons, d'ailleurs, à nous occuper plus spécialement de l'art. 1965 dans nos observations sur la fraude. Il est certain, en effet, que, par le concours obligé des deux parties, le jeu constitue plutôt une fraude qu'un dol véritable. Notons, cependant, qu'en matière d'exécution donnée par les joueurs, le législateur a considéré la simple supercherie comme un véritable dol. Comme celui-ci, en effet, elle annule le paiement qu'elle aurait seule déterminé.

186. — Le Code de commerce, à son tour, présente

[1] V. *infra*, *De la fraude*, chap. 1, sect. 1.

de nombreux exemples de fraude et de dol présumés. C'est de ces derniers que nous avons à nous occuper exclusivement dans cette partie de notre travail.

Il n'est dans le commerce aucune industrie exposée à plus de chances et de dangers que l'assurance maritime. Son utilité n'est plus cependant une question, chacun comprend et répète depuis longtemps qu'il n'est aucune institution qui ait rendu de si grands services, qui ait plus efficacement concouru au développement du commerce, cette source de prospérité pour l'Etat. Les assurances maritimes, disait M. Corvetto dans l'exposé des motifs du Code, ont rapproché les quatre parties du monde.

187. — Les écueils à travers lesquels le contrat d'assurance, *ce noble produit du génie, ce premier garant du commerce maritime* [1], est condamné à se frayer une route, son immense et éclatante utilité traçaient au législateur un visible devoir. Une protection de tous les instants, une faveur exceptionnelle était indispensable pour contre-balancer l'imminence d'une fraude d'autant plus à redouter qu'elle s'anéantit avec le navire qui la recèle dans les abîmes de la mer, et prévenir ainsi la ruine et le découragement de ceux que l'application du droit commun ne pouvait suffisamment défendre.

Ce devoir a été compris de tous les temps, à toutes les époques. Emérigon, l'illustre commentateur, nous indique dans sa préface les précautions que les différents peuples commerciaux avaient prises dans l'intérêt de leur navigation, sous l'empire desquelles vivait encore la France jusqu'au moment où l'immortelle ordonnance

[1] Corvetto, *Exposé des motifs.*

de 1681 vint leur assurer une efficacité en même temps qu'une autorité imposante et décisive.

Cette ordonnance, résumé d'une pratique éclairée par l'expérience, d'une doctrine enseignée par des jurisconsultes célèbres, par des publicistes tels que Grotius, Puffendorf, Casaregis, Ansaldus, etc., est un des plus beaux fleurons du siècle immortel de Louis XIV; elle est le Code le plus complet, le plus précis de la matière. Et, si nous avions besoin de le prouver, nous rappellerions qu'en 1807, alors que deux siècles environ s'étaient écoulés, le législateur n'a eu, pour la plus grande partie de son œuvre, qu'à répéter les dispositions de son prédécesseur.

188. — A proprement parler, le Code de commerce n'a eu qu'à convertir en principes quelques inductions que la pratique avait tirées de l'ordonnance de 1681. Le fonds des choses n'a pas changé, les dispositions essentielles sont reproduites et prises dans cette ordonnance.

C'est d'une de ces additions que nous avons à nous occuper, celle qui résulte de l'art. 348.

« Toute réticence, porte cet article, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. »

Contrairement au droit commun, le dol est présumé dans ces divers cas. Nous verrons bientôt l'effet de cette présomption. Disons auparavant ce qui a fait introduire dans la loi cette disposition.

189. — Il n'en existe aucune analogue dans l'ordon-

nance de 1681. Cette absence était d'autant plus fâcheuse, que le principe qui en fait l'objet était enseigné par les jurisconsultes, qui en comprenaient la nécessité et en poursuivaient les conséquences. De là était née une divergence d'opinion qui ne pouvait qu'embarrasser les tribunaux.

190. — En effet, Valin, sous l'art. 7, enseignait que la déclaration de l'assuré doit être conforme à la vérité, sous peine de la nullité des assurances, *suivant les circonstances*.

A cette première hésitation, née du silence de la loi, Valin ajoutait un tempérament qui lui paraissait équitable. Le moins qu'il en arriverait, dit-il, s'il n'y avait pas lieu de faire déclarer l'assurance nulle absolument, à raison de la surprise faite à l'assureur, ce serait d'assujettir l'assuré à une augmentation de prime proportionnée aux risques qu'il aurait fait courir de plus à l'assureur en lui diminuant l'objet par la fausse déclaration.

Mais Emérigon, qui ne partageait pas l'hésitation de Valin, combattait vivement ce tempérament.

« C'est ordinairement le sinistre, disait-il, qui donne lieu à pareilles plaintes. Ce serait donc un triste présent qu'on ferait aux assureurs, si, en les condamnant à payer la perte, on leur accordait une augmentation de prime.

» Le juge peut, selon les circonstances du fait, prononcer la nullité de l'assurance; mais il rendrait une sentence évidemment nulle et injuste si, laissant subsister le contrat reconnu vicieux, il se bornait à y appliquer une modification aussi contraire au pacte stipulé qu'impuissante à remplir l'intérêt légitime de la partie lésée. »

Emérigon conclut donc en ces termes : « Si avant le départ du navire, ou pendant le cours du voyage, l'assureur demandait que l'assurance fût résiliée, sur le fondement qu'on lui a dissimulé quelque circonstance essentielle, on ne pourrait s'empêcher de faire droit à sa demande. Ce serait tyrannie que de le forcer à se contenter d'une augmentation de prime. La chose ne reçoit point de milieu, il faut ou anéantir le contrat ou le laisser subsister.

» Si le navire périt et que les assureurs prouvent qu'on leur a dissimulé une circonstance essentielle, le contrat doit être cassé. Il n'est plus temps après le temps du risque et que la perte est arrivée, de leur offrir le prix du risque [1]. »

Enfin, Pothier distinguait la réticence de la fausse déclaration. La première, à son avis, *ne concernait que le for de la conscience*; la seconde devait entraîner la nullité des assurances [2].

Comme on le voit, la doctrine n'était pas d'accord sur l'effet de la réticence, sur les conséquences de la fausse déclaration. C'est l'opinion d'Emérigon qui a, à bon droit, prévalu. Mais ce choix, ainsi réalisé, ne pouvait être indiqué que par une disposition expresse. De là l'introduction, dans notre Code, de l'art. 348.

191. — Toute controverse est donc impossible à l'avenir. La réticence est placée, quant à ses effets, sur la même ligne que la fausse déclaration, dont rien ne la distingue dans les résultats. Et, comme en définitive, c'est l'opinion qu'on s'est créée du risque qui détermine

[1] Tom. 1, pag. 67, chap. 3, sect. 3.
[2] N° 196.

l'assurance, la différence entre la police et le connaissement, qui aurait pour objet de dénaturer le risque, produit les mêmes effets que la réticence, que la fausse déclaration.

L'identité des conséquences a produit l'uniformité de législation. Du texte de notre article, il résulte donc qu'il y a dol présumé : 1° lorsque l'assuré a commis une réticence; 2° lorsqu'il a fait une fausse déclaration; 3° lorsqu'il existe une différence entre le contrat d'assurance et le connaissement.

Pourvu, toutefois, que la réticence, la fausse déclaration ou la différence ait eu pour effet de diminuer le risque ou d'en changer le sujet.

192. — C'est là déroger, d'une manière sensible, aux principes ordinaires en matière de dol. Nous disions plus haut que ce qui constitue le dol, c'est l'emploi de manœuvres artificieuses dans le dessein de tromper; qu'ainsi on ne saurait le rencontrer dans le mensonge isolé, dans une simple ruse. Le contraire se réalise dans les assurances. Il y a dol, par cela seul que l'un des faits indiqués par l'art. 348 s'est réalisé dans les conditions tracées.

Cette première modification au droit commun s'explique par la nature même des choses. Le contrat d'assurance est un acte exceptionnel pour l'exécution duquel on ne pouvait recourir aux obligations imposées aux parties dans tous les autres contrats. On ne pouvait notamment exiger de l'assureur qu'il se livrât à des investigations, plus ou moins minutieuses, à l'effet de contrôler les déclarations qu'il reçoit, de découvrir les circonstances qu'on lui tait. Le temps qu'une pareille recherche eût

consommé aurait, dans bien des cas, rendu l'assurance impossible, en amenant l'échéance du risque qui devait en faire le sujet.

On obéissait donc à une nécessité réelle en l'autorisant à accepter, comme sincère, la déclaration de l'assuré. Comme contre-poids à cette confiance obligée, il était indispensable de placer celui-ci entre la nécessité de dire la vérité et toute la vérité, et la perte du bénéfice qu'il aurait voulu se procurer par un mensonge ou par une réticence.

193. — De là, la présomption de dol, par cela seul que la vérité a été déguisée ou tue, alors même qu'aucune manœuvre, dans le sens attaché à ce mot, ne pourrait être imputée à l'assuré.

L'art. 348 va plus loin encore; il n'exige même pas que la réticence, que la fausse déclaration, que la différence entre le connaissement et la police aient été réalisées dans l'intention de tromper. Le dol existe sans le *consilium fraudis*, indispensable dans les cas ordinaires.

Il suffit, en effet, que le fait dissimulé ou faussement déclaré, que la différence signalée ait été de nature à influer sur l'opinion du risque, pour que le contrat soit frappé d'une nullité absolue. Vainement donc l'assuré prétendrait-il que c'est de bonne foi qu'il a caché un fait qu'il croyait indifférent; que sa déclaration n'est fausse que parce qu'il a été lui-même trompé; que la différence entre la police et le connaissement s'est réalisée à son insu. Il n'en subirait pas moins la rigueur de l'art. 348.

Cette solution était imposée autant par la faveur spéciale que l'on voulait conférer aux assurances, que par

une exacte appréciation de leur nature. Il est, en effet, de l'essence de ce contrat qu'il existe un risque certain, déterminé, sur l'importance duquel se basent les prévisions des assureurs et leurs exigences relativement à la prime. Or, si les circonstances de ce risque leur sont dissimulées ou inexactement rapportées; si les marchandises mentionnées dans le contrat ne sont pas celles portées sur le connaissement, leur adhésion à ce contrat est le résultat d'une erreur, et ce vice dans le consentement enlève à la convention l'une de ses qualités essentielles.

En cet état, qu'importe que l'assuré ait été de bonne foi. L'erreur existe matériellement, et sa certitude entraîne la nullité de l'acte. Aussi la loi ne s'est-elle nullement préoccupée de la réalisation d'un dommage; la validité du contrat ne dépend pas de la nocuité de la circonstance dissimulée ou faussement déclarée. Eût-elle été sans influence sur la perte de l'objet assuré, la convention n'en est pas moins annulable. C'est la disposition expresse de l'art. 348.

Ainsi, en matière d'assurances, la loi modifie complétement les principes généraux. Ce n'est plus le *consilium fraudis* et l'*eventus damni* qui constituent le dol c'est le mensonge, c'est la réticence, quels qu'en aient été le motif et la cause. Cette réticence, ce mensonge a-t-il influé sur l'opinion du risque? C'est tout ce que la loi exige pour prononcer la nullité de l'acte.

194. — Ces principes sont nettement consacrés par la décision suivante, rendue le 15 juin 1822 par le Tribunal de commerce de Marseille, et acquiescée par la partie condamnée.

Le 12 juin 1821, les sieurs Argenti et Cie firent assu-

rer, pour le compte de Rodocanachi, de Livourne, la somme de 5,000 fr., valeur de 2,000 florins d'Auguste, prêtés à la grosse par leur maison de Constantinople, avec affectation sur le corps du navire *le Véridique*, capitaine Rodocanachi, autrichien. Cette assurance fut faite sur les risques d'un voyage de Constantinople à Trieste, à la prime de 2 p. %.

Lors de la signature de la police, le navire était déjà parti de Constantinople depuis quelque temps; il avait relâché à Scio pour cause de fortune de mer; là il avait été réparé, et le capitaine avait été obligé d'emprunter à la grosse; enfin il avait fait une autre relâche à Corfou, d'où il était reparti le 30 mai.

Les circonstances du départ de Constantinople et de la relâche à Scio, bien que connues des assurés, n'avaient pas été déclarées aux assureurs.

Le 25 juin 1821, le navire *le Véridique* fit naufrage dans l'Adriatique, à la suite d'une voie d'eau considérable. Le 28 Argenti et Cie firent abandon aux assureurs, et les citèrent en paiement de la perte.

Mais les assureurs demandèrent la nullité de l'assurance, pour cause de réticence, fondée sur le silence gardé sur le départ du navire et la relâche à Scio. Ces circonstances, disaient-ils, que la lettre d'ordre prouve avoir été connues des assurés, donnaient au risque proposé un caractère de gravité et une étendue plus considérables. C'est donc sciemment que les assurés avaient voulu faire courir les risques à compter du départ de Constantinople et faire peser sur les assureurs le résultat d'événements antérieurs à l'assurance, événements connus, qui leur inspiraient des craintes, et qui pouvaient avoir des suites fâcheuses; enfin ces faits étaient de nature à augmenter

l'opinion du risque et à détourner les assureurs de s'en charger.

Les assurés répondaient entre autres, que la relâche à Scio était indifférente, puisque les assureurs étaient francs d'avaries ; que le silence gardé sur le départ de Constantinople n'avait pu aggraver les risques qui étaient en réalité diminués ; qu'enfin la perte était survenue postérieurement aux relâches, et que ces relâches n'avaient nullement influé sur la perte ; qu'ainsi on ne saurait se plaindre d'aucune réticence et d'aucune dissimulation sur des faits pouvant aggraver le risque.

Mais le Tribunal pensa le contraire et déclara par conséquent la nullité de l'assurance. Après avoir établi la réalité des faits dont les assureurs se plaignaient ; après en avoir déterminé le caractère, le jugement repousse en ces termes l'exception des assurés :

« Attendu que vainement les assurés ont-ils excipé de ce que les faits dissimulés n'ont pas amené directement le sinistre, et de ce que le prêt à la grosse, qui constituait l'aliment de l'assurance dont il s'agit était affranchi de toute avarie :

» Que ces raisons ne sauraient aucunement atténuer la faute des assurés, puisque la loi prononce la nullité de l'assurance dans le cas même où la réticence n'aurait pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré ; qu'il suffit qu'elle ait diminué l'opinion du risque, pour être de nature à annuler le contrat ;

» Attendu qu'il est de l'essence du contrat d'assurance que les assureurs soient instruits de tout ce que les assurés savent, pour être véritablement mis à leur lieu et place ; que ces derniers, en leur cachant des circonstances

graves du risque, n'obtiennent d'eux qu'un consentement erroné, et par conséquent nul [1]. »

195. — De ce qui précède, il résulte que, pour l'application de l'art. 348 et pour la présomption de dol, la matérialité du fait est décisive. Y a-t-il réticence, fausse déclaration ou différence? L'objet de l'une ou de l'autre a-t-il eu pour effet d'influer sur l'opinion du risque, la police est présumée le résultat du dol, et par conséquent nulle. Cette présomption est de celles qui n'admettent pas même la preuve contraire. Ainsi le jugement qui, après avoir consacré l'existence du fait et son caractère, maintiendrait le contrat, violerait expressément le texte et l'esprit de la loi.

Mais l'existence de la réticence, de la fausse déclaration de la différence; ses conséquences par rapport à l'opinion du risque, pourront souvent présenter des difficultés plus ou moins sérieuses. A cet égard, et comme pour toutes les questions de fait, la loi s'en remet entièrement aux lumières et à la prudence des magistrats [2].

196. — Toutefois, il est des faits dont l'omission ou l'inexactitude entraîne avec elle une décision affirmative sur la question de savoir si le risque a été diminué ou changé. Nous voulons parler de ceux dont la déclaration est exigée par l'art. 332 du Code de commerce. Cependant nous devons faire remarquer que la doctrine et la jurisprudence ont admis entre eux des nuances qu'il est indispensable de signaler. Tous ne produisent plus aujour-

[1] Clariond, *Journal de jurisprudence*, année 1822, pag. 115.

[2] Cass., 25 mars 1835; — *J. du P.*, année 1835.

d'hui le même résultat. Nous verrons, en les parcourant, que ce n'est pas sans raison qu'on a ainsi modifié la disposition de l'art. 332.

L'assuré, aux termes de cette disposition, doit déclarer :

1° *Son Nom et son Domicile.*

197. — Il est de l'essence de tous les contrats que les parties qui y figurent soient clairement désignées. Dans l'assurance, le nom de l'assureur est toujours connu. Il est donc naturel que celui qui contracte avec lui soit nommé dans l'acte, c'est là un corrélatif qui paraît commandé par la nature des choses.

L'omission de cette formalité devrait-elle être considérée comme ayant influé sur l'opinion du risque et entraîner conséquemment la nullité de l'assurance? Une réponse affirmative eût été bien sévère, d'autant que si la police est faite sous seing privé, elle portera sur le double original la signature de l'assuré; et que cette signature peut être considérée comme l'équivalent de la mention du nom dans le corps de l'acte. On a donc dû se prononcer pour la négative. Telle est l'opinion de M. Pardessus.

198. — Cette opinion, consacrée par la jurisprudence, a trouvé cependant des contradicteurs. La désignation du nom de l'assuré, a dit M. Bernard, est d'ordre public; permettre qu'elle soit omise, c'est se priver du moyen de constater si l'assurance n'est pas une gageure, puisqu'on ne pouvait vérifier si l'assuré est, ou s'il représente

le véritable propriétaire des choses assurées. Telle est aussi l'opinion de M. Boulay-Paty [1].

Nous croyons que ces honorables jurisconsultes exagèrent les inconvénients que le défaut de mention du nom de l'assuré peut offrir. Il est évident, comme nous venons de le dire, que le défaut de mention ne peut s'entendre que d'une omission dans le corps de l'acte. Car, s'il était absolu au point de comprendre l'absence même de la signature, il y aurait évidement nullité en la forme, il n'aurait jamais existé de contrat. Mais l'identité du signataire n'est susceptible d'aucune difficulté. Celui-là connu, on pourra toujours exiger de lui la preuve qu'il est propriétaire, ou qu'il représente le propriétaire de l'objet assuré.

Si de ces inconvénients on passe à l'esprit de la loi, on se confirme bien plus dans la solution que nous indiquons. Pourquoi, dans l'hypothèse de l'art. 348, la loi place-t-elle l'assurance sous la présomption d'erreur d'un côté, sous la présomption de dol de l'autre? C'est qu'elle suppose qu'au moment du contrat, l'assureur n'a eu ni raison de douter de la véracité de l'assuré, ni moyen de connaître ce qu'on lui taisait. En est-il de même pour ce qui concerne le nom de l'assuré. Ne pouvait-il pas, ne devait-il pas le demander? La faute résultant de son omission n'est donc pas exclusivement imputable à l'assuré; et l'assureur trouverait une récompense de sa propre négligence dans la faculté qu'on lui reconnaîtrait de puiser, dans cette négligence même, le prétexte de se délier de ses obligations. Ce n'est pas évidemment pour une pareille hypothèse que l'art. 348 a été sanctionné. Nous

[1] Tom. III, pag. 296.

aurons occasion de le dire souvent, la loi n'a voulu que rendre justice aux assureurs, sans prétendre leur sacrifier les droits légitimes des assurés.

Ce qui est vrai pour l'indication du nom est, à plus forte raison, vrai pour celle du domicile. Il est un cas cependant où l'omission de celle-ci entraînerait la nullité de l'assurance. Comme si l'assuré était domicilié, dans un pays en état de guerre avec un autre. La confiscation de la propriété de leurs ennemis respectifs est un droit pour les nations belligérantes. Appartenir à l'une d'elles, par son domicile, serait donc une circonstance qui aggraverait singulièrement le risque. Toute réticence à cet égard rentrerait sous l'application de l'article 348 [1].

2° *Sa Qualité de Propriétaire ou de Commissionnaire.*

199. — En thèse ordinaire, l'accomplissement de cette formalité n'est pas d'un grand intérêt pour les assureurs. En effet, que le souscripteur de la police soit propriétaire ou commissionnaire, il n'en n'est pas moins personnellement tenu du paiement de la prime. D'autre part, il suffit, comme l'enseigne Emérigon, que l'aliment du risque soit réel, que le connaissement soit conforme à la police, pour que l'assurance doive sortir à effet.

200. — Cependant il est des hypothèses où l'omission et l'inexactitude de la déclaration à cet égard peuvent entraîner la nullité. Aussi devons-nous faire remarquer

[1] Valin, sur l'art. 3; — Emérigon, tom. I, pag. 53.

que, malgré les énonciations de la police, les assureurs sont toujours admis à agiter la question de propriété lorsque la connaissance du véritable propriétaire peut influer sur le sort du contrat [1].

201. — L'assurance réalisée par un créancier privilégié ou non, sur les effets de son débiteur, est-elle valable?

M. Pardessus enseigne l'affirmative. Il pense que dans ce cas le créancier est présumé le mandataire du propriétaire, son débiteur.

Nous ne saurions admettre cette doctrine. En droit, il est de principe que le mandataire oblige son mandant pour tout ce qu'il a fait dans la limite de ses pouvoirs. Or, cet effet pourrait-il se produire dans l'espèce? Les assureurs pourraient-ils faire condamner le propriétaire de l'objet assuré au paiement de la prime stipulée par son créancier? Celui-ci aura-t-il le droit de la répéter après l'avoir payée?

Notre première question n'est pas de pure hypothèse. Le créancier qui a fait assurer peut, avant le paiement de la prime, tomber en déconfiture, devenir insolvable. Comment, dans ce cas, les assureurs obtiendront-ils leur paiement?

Diront-ils que le propriétaire a donné un mandat tacite? Mais celui-ci répondra avec succès, que s'il n'a pas lui-même fait assurer, c'est qu'il n'a pas cru qu'une assurance fût nécessaire, ou qu'il a considéré comme plus avantageux de courir pour son propre compte les chances de la navigation, et de gagner ainsi lui-même la prime plus ou

[1] Aix, 7 janvier 1823; *J. du P.*, année 1823.

moins considérable qu'il aurait fallu payer aux assureurs. En présence d'une pareille déclaration, d'une volonté de ce genre suivie d'exécution conforme, comment présumer un mandat contraire.

Qu'on y prenne garde d'ailleurs. L'admission du mandat tacite, en matière d'assurances, deviendrait bientôt une arme terrible contre les assureurs eux-mêmes : on sait, par exemple, que le propriétaire qui fait assurer, doit, au moment de l'assurance, faire connaître toutes les circonstances de nature à influer sur le risque; que cette obligation existe alors même que l'assurance, ayant été contractée par mandataire, n'exige pas le concours personnel de l'assuré; que, dans ce dernier cas, la dissimulation d'un fait essentiel, connu de celui-ci, constitue la réticence dolosive, alors même que le mandataire, ne l'a pas connu. Or, dans le système du mandat tacite, à quelle date en placera-t-on l'origine s'il est antérieur ou postérieur à l'accomplissement et à la connaissance du fait constituant la réticence? Et ce qui est possible lorsqu'il existe une lettre d'ordre, pourra-t-on le faire dans un cas de mandat tacite?

La réponse est facile. Il est clair en effet que bien souvent on exciperait de la qualité de créancier et conséquemment du mandat tacite, ne fût-ce que pour se dispenser de produire la lettre d'ordre, surtout lorsque par sa date, par son contenu, cette lettre serait de nature à prouver une réticence et à déterminer ainsi la nullité de l'assurance.

Le système du mandat présumé ou tacite, ouvrirait donc une large porte à la fraude. On doit dès lors se hâter de le proscrire, dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes.

En droit, ce système est insoutenable, soit qu'on l'envi-

sage sous l'influence du droit commun, soit qu'on le rapproche des principes spéciaux de la matière.

Invoquerait-on en droit commun la disposition de l'art. 1166, en faisant remarquer l'intérêt qu'avait le créancier à ce que l'assurance préservât de tout péril le gage de sa créance? Mais ce serait méconnaître le véritable caractère de cette disposition et vouloir lui donner une extension dont elle n'est pas susceptible.

Il est de principe, en effet, qu'il est des actes exclusivement réservés au débiteur, des droits qui sont tellement inhérents à sa personne, qu'ils ne peuvent être exercés que par lui seul. Dans le nombre, se place incontestablement le droit d'administrer sa fortune dont l'exercice n'a et ne peut avoir d'autre juge que lui-même. Aucun majeur ne peut être privé de ce droit, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et notamment dans ceux d'interdiction pour cause de démence ou par suite de condamnation criminelle, ou de faillite.

Or, contracter ou non une assurance, n'est-ce pas administrer sa fortune? La chance aléatoire qui en fait la base, permet-elle de juger *a priori* si le débiteur a bien ou mal fait de s'en abstenir? Il est sans doute prudent de prévoir un sinistre et de chercher à se mettre a couvert de ses conséquences. Mais si le voyage réussit, le défaut d'assurance aura été avantageux au débiteur, en l'affranchissant du paiement d'une prime quelconque. L'art. 1166 n'a donc pas été admis pour régir une matière pareille. Ne pas faire assurer, constitue tout au plus une imprévoyance, et la loi qui défend une inaction évidemment nuisible aux créanciers, n'a pu songer à les autoriser à suppléer à l'imprévoyance que leur débiteur commet dans l'administration de ses biens.

Essayerait-on de l'art. 1167, voudrait-on faire considérer l'inaction du débiteur comme une fraude contre ses créanciers? Ce système serait insoutenable. Courir soi-même les chances d'un voyage maritime, ne peut jamais caractériser une fraude, car c'est là une faculté que la loi n'a jamais interdite à personne. Or, on ne saurait commettre une fraude lorsqu'on ne fait qu'user d'un droit qu'il vous est loisible d'exercer.

De quoi d'ailleurs pourrait justement se plaindre un créancier, fût-il privilégié sur la marchandise à assurer? De deux choses l'une : ou il a connu au moment de la vente ou du prêt la destination de l'objet affecté à sa créance, et, s'il le jugeait utile, il devait stipuler l'obligation pour son débiteur de faire l'assurance ou, mieux encore, obtenir le mandat exprès de la contracter lui-même; ou il a ignoré cette destination, et, dans ce cas, comme en négligeant dans le premier la précaution dont nous venons de parler, il a volontairement suivi la foi de son débiteur, et couru les chances du mode d'administration qu'il plairait à celui-ci de choisir.

Que si des principes ordinaires nous passons à ceux régissant spécialement les assurances, nous acquérons de plus fort la conviction que l'assurance par le créancier des facultés appartenant à son débiteur, ne saurait constituer un de ces actes dont l'art. 1166 confère la faculté aux créanciers d'un individu. L'assurance, en effet, affecte la chose qui en fait l'objet. Le paiement de la prime est privilégié sur les effets assurés [1]. Consentir la promesse de ce paiement, c'est donc aliéner une portion de la chose elle-même. Comment concilier un tel pouvoir avec l'ab-

[1] Rouen, 5 décembre 1807; — Dalloz A., tom. II, pag. 58.

sence de toute idée de propriété. Pour accueillir le système que nous combattons, il faudrait donc admettre que, par la disposition de l'art. 1166, la loi a permis au créancier de disposer des biens de son débiteur, sans son concours et sans l'intervention de la justice.

Il y a plus encore. En cas de sinistre dépassant le règlement d'avarie, le paiement de l'assurance ne peut être poursuivi qu'après le délaissement des effets échappés au naufrage. Il est de l'essence de ce délaissement de transférer la propriété de ces effets aux assureurs en échange du prix qu'ils ont reçu dans le contrat. Les qualités requises pour consentir ce délaissement sont donc, chez celui qui est appelé à le faire, d'abord qu'il ait été partie en l'assurance, ensuite qu'il ait la propriété de ce qui en a fait l'objet pour pouvoir la transmettre.

Or, dans l'espèce donnée, sera-ce le créancier qui consentira le délaissement? Mais il n'a aucun droit d'aliéner ce qui n'est pas sa propriété. Le transfert qu'il en aurait fait serait frappé d'une nullité radicale, comme constituant la vente du fonds d'autrui. Sera-ce le débiteur? Mais à quel titre? Etranger à l'assurance, serait-il recevable à exiger des assureurs ce que ceux-ci n'ont jamais été obligés de lui donner? On le voit donc, le délaissement serait impossible et conséquemment l'assurance ne pourrait jamais sortir à effet. Elle est donc nulle.

Nous pensons avoir démontré que l'opinion de M. Pardessus est inadmissible. Il faut donc conclure des termes de l'art. 348 que, pour contracter valablement une assurance, il faut être ou le propriétaire ou le mandataire du propriétaire des objets assurés.

202. — Il importe de remarquer que la déclaration

que l'on agit comme mandataire peut avoir son utilité dans le cas surtout où il s'agit de prouver, par la date de la lettre d'ordre, que le mandant connaissait avant l'assurance une circonstance importante qui aurait été tue aux assureurs. Nous avons dit que cela suffirait pour constituer le dol présumé, alors même que le mandataire eût été dans l'ignorance la plus complète et que conséquemment la réticence ne pût lui être imputée. C'est à bon droit cependant qu'on n'a pas fait de cette déclaration une condition essentielle à la validité de l'acte. Les assureurs ayant la faculté d'agiter la question de propriété, même dans le cas où l'assurance est contractée pour le compte de qui il appartiendra [1], arriveront facilement à apprécier la qualité en laquelle a agi le souscripteur de la police; et s'il n'a joué que le rôle de commissionnaire, la nécessité de communiquer la lettre d'ordre, s'il en existe de spéciale, leur assure l'exercice de leurs droits contre le réclamant.

203. — L'art. 348 ne fait pas un devoir au commissionnaire de faire connaître le nom de son mandant. Il est cependant un cas où le silence gardé sur ce point constitue une réticence dolosive. Ainsi, si le propriétaire de qui l'ordre d'assurer émane appartenait à une nation belligérante, l'assurance dans laquelle il ne serait pas indiqué serait frappée de nullité, comme entachée d'une réticence dolosive [2].

[1] Aix, 7 janvier 1823.

[2] Bordeaux, 18 février 1823; — Aix, 26 juin 1826; — D. A., t. II, pag. 67; et *J. du P.*, année 1826; — Orléans, 7 janvier 1845; — *J. du P.*, tom. I, 1845, pag. 171.

3° *Le Nom et la Désignation du Navire.*

204. — La connaissance du navire qui doit être l'objet ou le lieu du risque est un des éléments essentiels de l'assurance. C'est par elle que les assureurs apprécieront les chances de l'opération par le plus ou moins de dangers qu'offrent les qualités du navire, sa construction, son âge. Conséquemment, si l'assuré a inexactement signalé le nom du navire l'assurance qui a été consentie sur le corps de ce navire est évidemment nulle. La fausseté de la déclaration, son inexactitude même, crée une présomption de dol. Dans la même hypothèse, l'omission du nom enlèverait tout aliment au risque et annulerait par conséquent l'assurance.

205. — Quel est l'effet de l'omission du nom et de la désignation du navire, lorsque l'assurance a pour objet des effets ou marchandises? La première ne doit pas, au sentiment de M. Pardessus, entraîner la nullité de l'assurance. L'assureur, dit-il, qui accepte la police en l'état de cette omission, est censé s'en être rapporté à l'assuré sur le choix du navire[1], il devrait en être de même du défaut de désignation.

Cette solution nous paraît renfermer une exacte appréciation de l'esprit de la loi. Il n'y a de réticence présumée dolosive, que celle qui s'exerce sur un fait ignoré ou qui a dû nécessairement l'être de l'assureur. Si la réticence est l'œuvre commune des parties, il y aurait ri-

[1] N° 806. — Voy. Boulay. Paty, tom. III, pag. 320.

geur extrême à n'en punir qu'une seule. L'assureur ne doit pas être récompensé de sa propre négligence. Or, il s'en convaincrait lui-même, si, ayant intérêt à connaître le nom et la désignation du navire, il a accepté une police sans exiger cette double indication.

206. — Mais on ne saurait décider de même si, sans omettre le nom du navire, on avait fait à cet égard une fausse déclaration ou commis une inexactitude. L'indication entachée de ce vice constituerait une nullité radicale sous un double rapport : 1° pour réticence dolosive, en vertu de l'art. 348; 2° en ce que l'assuré n'ayant aucun risque à bord du navire déclaré, l'assurance n'aurait jamais eu d'aliment réel.

207. — Toutefois on doit remarquer que si l'erreur ou l'inexactitude ne consistait que dans l'omission d'un des noms du navire, et qu'il fût possible par les circonstances ou les énonciations de la police d'en établir l'identité, il n'y aurait pas lieu d'annuler l'assurance. Il ne faut pas, dit Valin[1], pointiller sur le nom du navire; ainsi l'assurance faite sur le *Brigantin*, le *Lion-Heureux*, désigné dans la police sous le nom seulement *du Brigantin l'Heureux*, a été déclarée valable par arrêt d'Aix, du 2 mai 1750. Telle est aussi l'opinion de Casaregis : *Error tamen alicujus nominis navis, non attenditur quando aliis conjecturis constat de identitate navis*[2].

208. — La force du navire, son âge, ses qualités sont tout autant de circonstances essentielles de la navi-

[1] Sous l'article 3.

[2] *Discurs.* 1, n° 159.

gation. Toute fausse déclaration à cet égard influerait donc sur l'opinion du risque et annulerait l'assurance. Ainsi désigner le navire comme un trois-mâts, dire qu'il est nouvellement sorti des chantiers, lorsqu'en réalité il s'agit d'un brick ou d'un tout autre navire qui navigue depuis longtemps, c'est placer l'assurance sous le coup de la disposition de l'art. 348 [1].

Plus un navire a un tonnage supérieur, plus l'équipage est nombreux et capable par conséquent, par la promptitude de la manœuvre, de parer à un besoin urgent. On comprend de même qu'un navire, déjà fatigué par une longue navigation, opposera une résistance moins vive que celui qui est encore intact. La prime exigée ou à exiger se calculera sur ces données, et, si celles fournies à l'assureur ne sont pas exactes, celui-ci aura été placé vis-à-vis de l'assuré dans une position défavorable, et nous avons vu qu'il ne doit jamais en être ainsi.

De ces considérations résulte cette conséquence, que si l'erreur, dans la désignation, est en sens inverse de celle que nous venons d'indiquer : si, par exemple, un trois-mâts avait été qualifié de brick : si un vaisseau, sorti actuellement du chantier, avait été indiqué comme naviguant depuis un temps plus ou moins long, on pourrait ne pas voir là la fausse déclaration punie par l'art. 348, et décider que l'inexactitude de la désignation n'a ni diminué, ni changé le risque.

L'obligation de désigner le navire comprend celle de déclarer s'il est armé en course. Cette déclaration a pour but d'éclairer les assureurs sur le degré du risque à assurer. Loin de fuir le danger, un navire armé en course le

[1] Valin, sous l'article 3.

recherche, les chances de sinistre sont ainsi plus nombreuses; taire cette circonstance serait donc commettre une réticence dans le sens de l'art. 348.

Une désignation non moins importante est celle du pavillon et de la nationalité du navire. Une fausse énonciation à ce sujet pourrait entraîner la nullité de l'assurance. Si même un navire étranger, acheté par un Français, n'avait encore obtenu qu'une *francisation* provisoire de la part du consul français du lieu où l'achat a été fait, cette circonstance devrait être déclarée. Ce navire pouvant, dit M. Dageville, éprouver des avaries dont un navire français serait à l'abri [1]. L'assureur serait fondé à s'affranchir des suites de pareils accidents, si le navire lui avait été désigné purement et simplement comme français.

209. — L'obligation de déclarer le nom et la désignation du navire cesse, lorsqu'il a été impossible à l'assuré de le connaître. Telle est l'hypothèse prévue par l'art. 337, d'un chargement fait aux Echelles du Levant, aux côtes d'Afrique et autres parties du monde, pour l'Europe. Comme on peut dans ce cas ignorer quel sera le navire sur lequel le chargement s'opérera, l'assurance peut être stipulée *in quovis*; ce mot, dit Emérigon, est une espèce de désignation implicite du navire, laquelle suffit, attendu la nécessité des circonstances [2]. L'art. 337 n'en exige pas d'autre.

[1] T. 3, n° 59.

[2] T. I, chap. 2, sect. 7, pag. 54.

4° *Le Nom du Capitaine.*

210. — L'indication du nom du capitaine est utile sous un double rapport. En premier lieu, elle complète la désignation du navire; elle peut en second lieu, influer sur l'opinion du risque par l'idée favorable que le commerce a pu concevoir de l'habileté, des talents et du mérite de celui qui commandera le navire.

211. — Comme pour les désignations qui précèdent, il faut distinguer, pour ce qui concerne le capitaine, l'omission de la fausse indication. La première ne fait pas présumer le dol, elle est d'ailleurs imputable à l'assureur comme à l'assuré. Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles consacré le principe enseigné par les anciens jurisconsultes, à savoir : que l'assureur, qui aurait accepté une police dans laquelle le nom du capitaine serait omis, ne pourrait plus tard en demander la nullité à cause de cette omission [1].

Mais il en serait autrement pour l'inexactitude ou la fausseté de l'indication. Par cela seul qu'une plus grande confiance peut s'attacher à tel ou tel nom, l'assureur se trouverait réellement trompé si, au lieu d'être commandé par le capitaine désigné, le navire l'était réellement par un autre. La preuve de l'erreur ou de la fausseté donnerait donc naissance à la présomption de dol.

212. — Il y a plus encore, si le capitaine désigné commandait réellement le navire et qu'il eût été remplacé après

[1] Pothier, n° 106. *Observations de la Cour de cassation.*

l'assurance, l'assuré ne pourrait se soustraire à la demande en annulation. Mais ce principe reçoit exception : 1° dans le cas où le changement est le fait des armateurs étrangers à la police d'assurance; 2° si la cause du changement provient d'une force majeure, comme la démission, la maladie, le décès ou l'emprisonnement du capitaine; 3° si la police renferme la clause *ou tout autre pour lui*.

La loi n'a pu vouloir l'impossible, il suffit que l'assuré réponde de son fait. Aller au delà, c'était exiger une iniquité. Les deux premières exceptions sont donc parfaitement rationnelles. La troisième n'est pas moins juste, elle n'est que la conséquence de la latitude que l'assureur lui-même a reconnue à l'assuré.

Toutefois, cette latitude doit se renfermer dans des limites équitables et naturelles. Elle ne va pas, par exemple, jusqu'à autoriser le choix d'un capitaine, auquel on n'aurait eu que peu ou point de confiance, s'il avait été connu. Spécialement le remplacement d'un capitaine français par un étranger pourrait motiver l'annulation de l'assurance [1].

213. — La clause *ou tout autre pour lui* ferait-elle disparaître l'effet de la fausse déclaration?

On pourrait dire pour la négative que la faculté de remplacer le capitaine n'a été considérée que comme une précaution dont l'assureur a pu croire qu'on s'abstiendrait; que conséquemment on l'a trompé, en lui laissant entrevoir une chose impossible, le capitaine indiqué ne pouvant continuer de diriger pendant un temps quelconque un navire qu'il ne commandait pas, qu'il n'a peut-être jamais commandé. Mais l'idée, que la connaissance du capitaine

[1] Casaregis, *Discurs.* 63, n° 6; — Valin, sur l'article 53.

a pu influer sur l'opinion du risque, n'est qu'une présomption devant, comme toutes les présomptions, s'évanouir en présence de la preuve contraire. Or il est vrai, que l'admission de la clause *ou tout autre pour lui*, indique, de la part de l'assureur, une complète indifférence sur celui aux mains de qui le navire sera confié. Il ne pourrait donc soutenir avec quelque fondement que la fausse déclaration qui lui en a été faite a altéré ou changé le risque.

Le remplacement du capitaine, hors des cas exceptionnels ci-dessus indiqués, constituerait une présomption de dol déterminant la nullité de l'assurance. Toutefois, cela n'est absolument vrai que dans l'hypothèse où le changement a été effectué subrepticement et à l'insu des assureurs. Aussi, doit-on distinguer entre celui qui a été effectué après le départ du navire, de celui qui a eu lieu avant. Le premier n'est sans influence sur l'assurance qu'en cas de nécessité constatée. Le second, au contraire, serait de nul effet sur la validité du contrat si, l'ayant su et connu, les assureurs n'avaient pas réclamé avant le départ du navire.

L'impossibilité de connaître le navire à bord duquel se trouvera le risque, dans le cas prévu par l'art. 337 du Code de commerce, entraîne celle de connaître le capitaine. L'assurance faite *in quovis* est valable, malgré l'absence de déclaration à cet égard.

5° *Le Lieu où les Marchandises ont été ou doivent être chargées.*

214. — L'omission de cette indication serait de nul

effet si le temps du risque était fixé dans la police. Il est certain alors que tout le chargement doit être opéré au moment où ce risque commence. En d'autres termes, si les obligations des assureurs partent à la sortie d'un port déterminé, il est évident que ce port a dû être le lieu du chargement, et que tout ce qui aurait été chargé postérieurement à la sortie du navire ne pourrait être compris dans l'assurance.

215. — Il n'en serait pas de même si l'assuré avait inexactement déclaré le lieu du chargement. Cette inexactitude pourrait, si elle était de nature à influer sur l'opinion du risque, constituer la présomption de dol pour fausse déclaration.

Ainsi, l'assurance prise sur les facultés chargées ou à charger à bord d'un navire de sortie d'un port désigné, tandis que le chargement avait été embarqué antérieurement sur le même navire dans un autre port plus éloigné, est nulle à l'égard des assureurs, soit pour défaut d'identité, soit pour fausse déclaration ou réticence de la part de l'assuré [1].

Il y a, en effet, dans cette hypothèse, plus qu'une omission sur le lieu du chargement; il y a, en outre, le silence gardé sur un fait accompli, connu de l'assuré et, qui devait conséquemment être connu des assureurs. Il n'y a égalité parfaite entre les parties que lorsque toutes les circonstances, se rapportant à la matière du contrat, ont pu réciproquement être appréciées.

Ainsi si, au lieu d'omettre seulement le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées, on le dé-

[1] Aix, 22 mai 1836; — Clariond, t. 16, 1, 152.

signe inexactement ou faussement, il y a nullité pour fausse déclaration; il y a plus encore en réalité, il n'y a jamais eu d'assurance. On ne pourrait pas plus, dit M. Dalloz jeune, appliquer à des cotons chargés en un autre lieu, qu'on ne pourrait appliquer à des balles de coton marquées A. B, une assurance faite sur des balles marquées M. C [1].

6° Le Port d'où le navire a dû partir; — Les Ports ou Rades dans lesquels il doit charger ou décharger; — Ceux dans lesquels il doit entrer; — Les temps auxquels les risques doivent commencer et finir.

216. — Ces diverses indications sont essentielles à la validité de l'assurance. Elles se rapportent, en effet à la navigation du navire, c'est-à-dire au point culminant pour l'appréciation de la prime que les assureurs doivent exiger.

La déclaration du port d'où le navire a dû partir ne serait pas indispensable si, au moment de l'assurance, le navire était ancré dans un port déterminé et que le temps du risque dût commencer à son départ. Mais souvent l'assurance est contractée lorsque le navire est déjà en cours de voyage, et la désignation du port d'où il a dû sortir acquiert un degré d'importance incontestable. Toute omission à cet égard constituerait une réticence dolosive entraînant la nullité de l'assurance.

217. — On ne doit pas entendre, par la déclaration

[1] *Dictionnaire général*, v° *Assurances*, n° 88.

exigée à cet égard par la loi, l'accomplissement d'un fait matériel, la désignation du port d'où le navire est réellement sorti seulement. L'obligation imposée à l'assuré comprend virtuellement celle de faire connaître le jour du départ et toutes les circonstances qui ont depuis signalé la navigation du navire. C'est ce qu'a décidé leTribunal de Marseille dans l'affaire Argenti, et c'est aussi ce que consacre la jurisprudence des Cours souveraines.

218. — Dans une espèce jugée par la Cour d'Aix une assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles avait été contractée sur le corps du navire danois *la Rosalie* pour un voyage de Lisbonne à Trieste. Le risque était mis à la charge des assureurs à partir des jour et heure auxquels le navire *a ou aura pris charge*, ou soit du moment de son départ de Lisbonne.

Il résultait de la lettre d'ordre, produite après délaissement, qu'au moment de l'assurance les assurés savaient que le navire était parti de Lisbonne depuis deux mois et demi; que le capitaine n'avait plus donné depuis lors de ses nouvelles. Les assureurs considérant le silence gardé sur ces deux points comme une réticence dolosive, demandent la nullité de l'assurance.

Cette demande, que les assurés repoussaient par des moyens de fait et de droit, notamment en se fondant sur la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*, et sur ce que le taux de la prime avait été fort élevé, fut accueillie par la Cour dans les termes suivants :

« Considérant que la réticence prévue par l'art. 348 a été commise, puisque les polices d'assurance présentent le risque à partir des jour et heure auxquels le navire **a** ou **aura** pris charge, ce qui a laissé les assureurs

dans l'incertitude si le navire était ou non parti, tandis que Cazalis et Tutein, qui ont fait assurer, avaient connaissance, par la lettre d'ordre datée de Hambourg le 16 août, que le navire était parti depuis le 22 mai et que le capitaine n'avait donné depuis lors aucun signe de vie; ce qui ne permet pas de douter que l'opinion du risque a été réellement déguisée aux assureurs .....;

» Considérant que la clause sur bonnes ou mauvaises nouvelles ne couvre pas la réticence qui a été commise; que le contrat d'assurance n'est valable qu'autant qu'il y aurait de part et d'autre ignorance de toutes les circonstances sur l'opinion du risque [1] ».

Deux arrêts postérieurs de la même Cour sont venus consacrer les mêmes principes en décidant, le 14 janvier 1826, que l'assurance est nulle pour cause de réticence si, connaissant l'époque du départ du navire au temps du contrat, l'assuré ne l'a pas déclarée [2]; en jugeant, le 17 juillet 1829, qu'il y a réticence, et conséquemment nullité du contrat de réassurance, lorsque les réassurés laissent ignorer aux réassureurs que le navire, objet de la convention, comptait à l'époque du premier contrat, quatre-ving-trois jours de navigation [3].

219. — Même jurisprudence de la part de la Cour de Bordeaux qui a annulé l'assurance contractée dans l'espèce suivante :

Le 21 ventôse an VI, Roi et Laguigneux font assurer la barque *le Cerf*. Le courtier d'assurance déclare que

[1] Dalloz A., tom. II, pag. 61.
[2] *J. du P.*, année 1826.
[3] D. P., 29, 2, 221.

cette barque n'a descendu la rivière que depuis quatre à cinq jours.

Le 23 ventôse, c'est-à-dire deux jours après, les assurés signifient le délaissement de cette barque, capturée par les Anglais dès le 11 du même mois. Mais les assureurs contestent le délaissement pour réticence et fausse déclaration sur le jour du départ. Ils concluent, en conséquence, à la nullité de l'assurance.

C'est, en définitive, ce qui fut consacré, par arrêt du 4 fructidor an VIII, par les motifs suivants :

« Considérant que l'assurance n'a été faite que le 21 ventôse ; que le bâtiment était en mer depuis le 10 : que non-seulement les assureurs n'ont pas été instruits de cette circonstance déterminante qu'on leur avait dissimulée, mais qu'on leur a affirmé que ce bâtiment n'était descendu que depuis quatre à cinq jours [1]. »

Enfin, la même Cour vient de juger qu'il y a véritable réticence de la part de l'assuré qui se borne à déclarer simplement que le navire, objet de l'assurance, est de relâche dans un port, sans annoncer que la relâche est forcée par les événements de mer et que le navire, encore hors du port, se trouve dans une situation périlleuse [2].

220. — On voit, par ce qui précède, de quelle manière il faut comprendre l'obligation de déclarer le port d'où le navire a dû partir. Une désignation pure et simple suffit si le navire n'était pas encore parti au moment de l'ordre ou à l'époque de l'assurance. Mais si celle-ci est contractée pour un navire en cours de voyage, c'est

[1] D. P., 23. 2. 142.
[2] *J. du P.*, 7 avril 1835.

le récit exact de sa navigation, le moment de son départ et les diverses contrariétés qu'il a éprouvées.

Ici l'omission pure et simple équivaut à la réticence prévue par l'art. 348. On ne saurait, en effet, l'imputer aux assureurs que la loi n'oblige à connaître que ce qui leur est déclaré et qui peuvent être de très bonne foi dans l'ignorance absolue concernant le navire qu'ils assurent.

221. — La seconde obligation imposée à l'assuré par le paragraphe actuel, est de déclarer les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, ceux dans lesquels il doit entrer.

L'entrée dans les ports ou rades présente toujours plus ou moins de périls pour les navires. La sortie elle-même n'est pas toujours sans inconvénients; le séjour au milieu d'une foule d'autres navires peut quelquefois déterminer une catastrophe. Ces chances, pour être plus ou moins éloignées, plus ou moins probables, ne laissent pas que d'exister. Elles entrent, comme éléments essentiels, dans l'appréciation à faire par l'assureur.

C'est à l'assuré à lui fournir ces éléments. Lui seul, en effet connaît le secret de ses opérations et l'itinéraire que doivent suivre ses marchandises ou son navire. Il doit d'ailleurs, et lorsque le navire ne lui appartient pas, s'informer exactement de la destination qu'il a reçue.

Conséquemment, s'il déclare assurer pour un voyage de tel port à tel autre, l'assurance ne sera valable que si le navire se dirige directement de l'un sur l'autre. S'il aborde un ou plusieurs ports intermédiaires, s'il dépasse le point d'arrivée, s'il rétrograde, le silence gardé à cet

égard dans la police constitue une réticence prévue et réprimée par l'art. 348.

222. — Ce principe reçoit exception :

1° Si l'entrée dans les ports intermédiaires, si l'obligation de dépasser le point d'arrivée ou de rétrograder n'est que la conséquence d'une fortune de mer. Il y a alors force majeure que personne ne pouvait prévoir, que l'assuré ne pouvait, dès lors, être tenu de déclarer. Mais on comprend que l'assuré qui exciperait de cette force majeure pour repousser la nullité fondée sur la réticence, serait obligé d'en rapporter la preuve.

2° Si l'assurance est contractée pour un temps fixe et pour tel voyage qu'il plaira à l'assuré d'entreprendre. L'assureur qui a accepté ces conditions ne pourrait se plaindre d'une réticence, car puisque à l'époque où l'assurance est contractée, l'assuré n'est pas lui-même fixé sur les voyages à entreprendre, on ne saurait raisonnablement exiger de lui ni le nom du port dont le navire a dû sortir, ni ceux où il chargera et déchargera, ni, enfin, ceux où il doit entrer.

Cependant si, au moment du contrat, le navire qui en fait l'objet était en cours de voyage, l'assuré doit indiquer le port d'où il est sorti. La connaissance de ce fait peut être essentielle à l'appréciation du risque. C'est là d'ailleurs, un fait accompli dont l'assuré a une connaissance parfaite. Il peut donc, et il doit le communiquer à l'assureur, ainsi que toutes les circonstances se rattachant à la navigation depuis le départ jusqu'à l'époque de l'assurance. L'omission de cette formalité constituerait la réticence présumée dolosive.

3° Si l'assuré s'est réservé la faculté de faire échelles.

La conséquence de cette clause de la police est de permettre de toucher aux ports situés entre le point du départ et celui d'arrivée. Mais cette faculté ne comprend pas celle de rétrograder ni de dépasser celui-ci. Le sinistre survenu en exécutant l'un ou l'autre de ces mouvements resterait pour le compte de l'assuré. Il en serait de même si le navire s'écartait de la ligne directe et entrait dans un port que celle-ci devait lui faire éviter.

223. — Enfin, le moment à partir duquel le risque doit être à la charge des assureurs, doit être fixé, ainsi que le moment où le risque doit finir. Mais ces désignations ne sont pas de rigueur. La loi elle-même a pourvu à leur omission dans les art. 341 et 328 du Code de commerce. Ainsi, à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuailles, le risque court du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré et amarré au port ou lieu de sa destination. A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire ou dans les gabarres pour les y porter, jusqu'au jour où elles seront délivrées à terre.

224. — Cette disposition ne modifie en rien les obligations imposées aux assurés. Ils n'en sont pas moins tenus, sous peine de réticence, de déclarer tout ce qu'ils ont appris de l'état du navire, depuis le jour de son départ jusqu'au moment où ils contractent l'assurance.

Rappellons-nous, en effet, que l'esprit de la loi ne saurait être plus évident. Pour que l'assurance soit valable, il faut que les deux parties soient dans une égalité parfaite de position, relativement au risque qui en fait l'objet. Toutes les fois donc que cet équilibre n'existera

pas, la convention sera présumée le résultat du dol, et comme telle, frappée de stérilité et d'impuissance. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais varié dans l'application et l'interprétation des art. 332 et 348 du Code de commerce. Que la loi ait ou non expressément exigé la déclaration d'un fait, il suffit que ce fait soit de nature à influer sur l'opinion du risque, pour que l'assuré doive le déclarer, sous peine de nullité de l'assurance. De nombreux exemples prouvent l'exactitude de cette proposition.

Ainsi il a été admis et jugé :

1° Que le réassuré qui n'a pas fait connaître aux réassureurs les bruits, même vagues, qui couraient sur la perte du navire assuré à l'époque du contrat, et dont il avait connaissance, commet une réticence de nature à entraîner la nullité de l'assurance [1] ;

2° Que l'assuré qui sait au moment de l'assurance que deux navires, partis quatre jours après le sien du lieu désigné dans la police, sont arrivés depuis deux jours au même lieu de destination, commet une réticence dolosive, s'il ne déclare pas ce fait aux assureurs, lorsque d'ailleurs, un court trajet sépare le lieu du départ du lieu de la destination [2] ;

3° Que la seule dissimulation des inquiétudes que peut avoir, lors du contrat d'assurance, le consignataire d'un navire qui connaît le jour du départ, et qui sait que la durée ordinaire de la traversée est de beaucoup dépassée sans que le navire soit arrivé à sa destination, constitue une réticence qui doit faire annuler l'assurance commise par le consignataire, et faite par son mandataire [3];

[1] Aix, 8 octobre 1813; D. A., 2, 63.

[2] Aix, 9 février 1830; D. P., 30, 2, 232.

[3] Rennes, 24 janvier 1844. — *J. du P.*, 44, 1, 456.

4° Que l'assuré qui sait que ses marchandises ont été placées sur le tillac commet une réticence, dans le sens de l'art. 348, s'il omet de le déclarer aux assureurs. Ce fait exposant les marchandises à un plus grand danger, soit par rapport aux intempéries des saisons, soit par rapport au jet à la mer, est de nature à influer sur l'opinion du risque [1].

Nous pourrions multiplier les hypothèses, car la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur le point que nous indiquions tout à l'heure, à savoir : que l'assuré est obligé de déclarer tout ce qu'il sait sur ce qui concerne la navigation du navire, objet ou porteur du risque; que sa déclaration doit renfermer l'exacte vérité. N'oublions pas en effet que la fausse déclaration est placée sur la même ligne que la réticence, et que l'on ne doit pas témoigner moins de sévérité pour l'une que pour l'autre.

Il est évident, en effet, que le résultat pour les assureurs est le même, soit que l'erreur dans laquelle on les a jetés provienne de l'omission, soit qu'elle provienne d'une fausse déclaration. Ils ont donc le droit de faire prononcer la nullité du contrat, dans l'une comme dans l'autre hypothèse. C'est ce qui est prescrit par l'art. 348, d'où la doctrine a tiré cette conséquence que l'obligation de faire une déclaration exacte est absolue; qu'elle s'étend même au cas où cette déclaration porterait sur un fait que l'assuré n'était pas obligé de déclarer. Ainsi il n'est pas d'usage, dans les polices d'assurance, de faire mention du nombre d'hommes et des canons d'un navire; cependant l'assuré qui croirait devoir déclarer l'une et

[1] Pardessus, n° 814. — Boulay-Paty, tom. III, pag. 511.

l'autre, verrait annuler l'assurance, s'il l'avait fait inexactement [1].

Nous avons parcouru les obligations imposées par la loi aux assurés, et dont l'exécution est garantie par une véritable peine, la présomption de dol, et conséquemment la nullité de l'assurance. Il nous reste à examiner la nature de cette présomption; par qui elle peut être invoquée.

225. — La présomption de dol résultant des circonstances prévues par l'art. 348 est *juris et de jure*, c'est-à-dire qu'elle produit tout son effet par cela seul que la réticence, la fausse déclaration ou la différence entre la police et le connaissement existe, elle est donc indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré. Vainement donc celui-ci se prévaudrait-il de la pureté de son intention, vainement offrirait-il la preuve qu'il a été lui-même trompé. Cette preuve devrait être écartée, car l'erreur constatée, la bonne foi certaine n'empêcherait point la nullité de l'acte. Sans cette rigueur, l'art. 348 ne serait plus qu'une source de procès difficiles et ruineux.

226. — De plus, cette présomption est exclusivement en faveur des assureurs. Eux seuls peuvent donc l'invoquer. L'assuré ne pourrait, après le voyage opéré, exciper de sa réticence, de sa fausse déclaration, de la différence entre le connaissement et la police, soit pour se soustraire au paiement de la prime, soit pour en poursuivre le remboursement. S'il en était autrement, combien d'assurés

[1] Delvincourt, tom. II, pag. 394; — Pardessus, n° 330; — Boulay-Paty, tom. III, pag. 510 et 511.

qui recourraient à ce moyen, dont la découverte n'est pas toujours facile pour rendre la position des assureurs plus intolérable encore.

Il est un seul cas où la nullité de l'assurance peut être indifféremment demandée par l'assureur ou par l'assuré. C'est lorsque l'assurance est faite après la perte ou l'arrivée à bon port du navire au lieu de sa destination. Si l'assuré connaît la perte, si l'assureur connaît l'arrivée, il n'y a plus d'aliment sérieux au contrat. Son acceptation, comme sa proposition, n'est plus qu'un acte de déloyauté et de mauvaise foi qu'on ne saurait tolérer et moins encore consacrer [1].

227. — En résumé, l'assurance étant un contrat exceptionnel, ne pouvait se comprendre et se pratiquer que par le principe de la bonne foi la plus rigoureuse. Laisser son appréciation sous l'empire du droit commun, c'était livrer les assureurs aux fraudes et à la déloyauté des assurés. Ce résultat, tendant à rendre cette branche d'industrie impossible, était un malheur social par la restriction forcée qu'il amenait dans les expéditions maritimes. On a donc sagement agi en adoptant un système spécial que l'on peut réduire aux quatre observations que nous empruntons à M. Dalloz aîné [2] :

1° L'assuré est toujours dans son tort, toutes les fois qu'il n'a pas fait connaître quelque circonstance essentielle qu'il ne pouvait pas ignorer, que ce soit par fraude, oubli ou simple négligence;

2° Lors même que la fausse déclaration porterait sur

[1] Art. 365-366, Cod. de comm.

[2] Tom. II, pag. 61.

des choses que l'assuré n'était pas obligé de déclarer, il en serait responsable si ces choses devaient influer sur l'opinion du risque ;

3° C'est à l'assureur seul qu'appartient le droit de demander la nullité du contrat pour cause de réticence ou de fausse déclaration, et, seul aussi, il est chargé d'administrer la preuve des circonstances qu'il allègue ;

4° Enfin, c'est aux juges à apprécier si les circonstances non déclarées ont, ou non, influé sur l'opinion du risque.

228. — La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur qui s'en prévaut. Ce principe ne pouvait souffrir aucune contradiction ; il est en effet certain que, soit que la réticence soit opposée comme exception à l'action en délaissement, soit qu'elle devienne le fondement d'une demande principale en nullité de l'assurance, l'assureur qui en excipe est réellement, quant à ce, demandeur, et qu'en cette qualité il doit justifier sa prétention.

Cette justification peut être écrite ou orale. En effet, la preuve testimoniale est dans ce cas complétement admissible, même en vertu des principes ordinaires. Il est certain que l'assureur n'a pu se procurer une preuve littérale, il est donc placé dans l'une des exceptions autorisées à la règle tracée par l'art. 1341.

229. — Il n'en est pas de même de l'assuré qui prétendrait avoir dénoncé le fait constituant la réticence. L'art. 1341, qui prohibe la preuve par témoins outre et contre le contenu de l'acte, ou de ce qui aurait été dit avant, pendant ou après, est parfaitement applicable. Car il est incontestable que l'assuré a eu le moyen de se procurer une preuve écrite, qu'il ne se trouve par consé-

quent dans aucun des cas d'exception, qu'on ne pourrait dès lors le récompenser d'avoir failli à un devoir qui lui était rigoureusement imposé par la loi.

Il est vrai qu'en matière commerciale, l'admissibilité de la preuve orale est de droit commun. Mais on doit excepter de cette règle les actes pour lesquels la loi exige la forme littérale. Ainsi l'existence d'une société commerciale ne pourrait être faite entre associés par la preuve testimoniale : or, ce que la loi exige pour les sociétés, elle le prescrit pour les assurances, les unes comme les autres doivent être constatées par écrit.

230. — De là cette conséquence que la police d'assurance, comme l'acte de société, fait, contre et en faveur des parties, foi pleine et entière. L'omission, dans la police, de la mention du fait constituant la réticence, établit donc la preuve certaine de la non-déclaration. En présence de cette preuve, en présence surtout de la nécessité d'une déclaration écrite, toute prétention de prouver le fait par témoins serait inadmissible.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence. Les arrêts sont unanimes sur les divers points suivants, à savoir : que l'intention des parties ne peut prévaloir sur la lettre ou l'énonciation écrite de la police; que, dans le doute même, la convention doit être interprétée contre l'assuré dans tout ce qui concerne les obligations qui lui sont imposées; qu'il est impossible, dès lors, d'autoriser la preuve testimoniale.

Cette dernière proposition a été notamment formellement consacrée par l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix, du 14 avril 1818, que nous avons transcrit plus haut. Dans l'espèce, les assurés soutenaient que les assureurs n'a-

vaient ignoré aucune des circonstances essentielles; ils rapportaient une déclaration du notaire ayant reçu la police, portant que les assureurs avaient été instruits de l'époque du départ du navire et de la lettre d'ordre écrite aux assurés; comme preuve de cette connaissance, ils excipaient du taux élevé de la prime; subsidiairement ils demandaient l'admission de la preuve par témoins.

Mais la Cour, après avoir écarté la déclaration du notaire et repoussé les autres considérations, refuse la preuve demandée, considérant que cette preuve était contraire au contenu des polices, et par cela même inadmissible.

Ainsi la police devient la loi suprême des parties. En conséquence, l'assuré qui aura exactement accompli ses obligations devra mentionner dans cette police la relation des faits qu'il a réellement dénoncés aux assureurs. Toute négligence sur ce point le rendrait sans recours possible contre la dénégation, même de mauvaise foi, des assureurs, et la nullité de l'assurance deviendrait forcée par la présomption de dol, résultant de la réticence apparente, si non réelle.

SECTION II

DOL NON PRÉSUMÉ, MODES DE PREUVE

SOMMAIRE.

231. Le titre étant présumé sérieux et sincère, c'est à celui qui l'attaque à en prouver l'illégitimité.
232. Doutes sur le point de savoir s'il fallait admettre la preuve testimoniale.
233. Origine de cette preuve.
234. Respect qu'elle inspira aux Grecs et aux Romains.
235. Notre ancienne jurisprudence admit les errements du droit romain, jusqu'à l'ordonnance de 1566.
236. Motifs de cette ordonnance.
237. Son appréciation par les jurisconsultes de l'époque.
238. Extension qu'elle a successivement reçue par l'ordonnance de 1669, et enfin par l'art. 1341 du Code civil.
239. Caractère de la prohibition, non applicable au dol.
240. Cette exception se justifie par les principes.
241. Est-elle applicable au dol postérieur au contrat ?
242. Arrêt de la Cour de Cassation établissant la négative.
243. Il en serait autrement s'il existait un commencement de preuve par écrit.
244. *Quid* si le porteur du titre querellé, avouant la simulation de la cause, en indique un autre légitime ?
245. Arrêt d'Aix validant le titre en vertu du principe de l'indivisibilité de l'aveu.
246. Réfutation.
247. Arrêt contraire de la Cour de Cassation.

248. Conditions pour l'admissibilité de preuve orale.
249. Première condition. Articulation précise des faits.
250. Deuxième condition. Pertinence des faits ; comment elle s'apprécie.
251. Appréciation de l'enquête.
252. Système du droit romain et de notre ancien droit sur le nombre des témoins et la qualité de la preuve.
253. Système du Code.
254. La preuve par présomption est recevable dans tous les cas admettant la preuve testimoniale.
255. Exigence de notre ancien droit sur le nombre des présomptions.
256. Opinion de Dumoulin et de Domat, du cardinal de Lucca.
257. Le Code n'exige rien autre que la gravité, la pertinence, la concordance des présomptions. — Appréciation de ces caractères.
258. Pourrait-on se décider pour la nullité, s'il n'existait qu'une seule présomption ?
259. La preuve par présomptions sera plus ou moins concluante, selon que les faits dont on les induit seront plus ou moins certains.
260. C'est par l'ensemble des présomptions que le juge doit se décider.

231. — Nous venons de dire qu'en principe l'acte écrit, signé par les parties, est présumé sérieux et sincère : qu'il est censé renfermer leurs véritables intentions. La preuve du contraire enlève au titre ce triple caractère ; c'est ce qui se réalise notamment lorsqu'il est justifié que le concours de l'une des parties contractantes est le résultat du dol commis par l'autre.

De là cette conséquence que le porteur du titre n'a rien à justifier, et que c'est uniquement à celui qui prétend le faire anéantir, à fournir la preuve du vice dont il le prétend atteint. La difficulté ne peut jamais naître

sur le principe, mais sur son exécution. Et c'est ainsi qu'on s'est posé en législation la question de savoir si l'on devait admettre, pour prouver le dol, la preuve testimoniale; en doctrine et en jurisprudence, celle de savoir si cette preuve avait été admise.

232. — La raison de douter se puisait dans la disposition de l'art. 1341 qui, dans l'hypothèse donnée, prohibe la preuve testimoniale, même lorsqu'il s'agit d'une somme moindre de 150 fr. Mais le rapprochement de cette disposition des motifs qui l'ont déterminée, devait amener la loi, la doctrine et la jurisprudence à résoudre la question par l'affirmative.

Pour juger de l'opportunité de cette décision, il convient de jeter un coup d'œil rapide sur les législations antérieures. Leur connaissance, les modifications qu'elles ont dû successivement introduire dans l'étendue de la preuve orale, justifieront le principe sur lequel l'article 1341 est fondé, en même temps qu'elles indiqueront le véritable caractère de l'exception introduite pour le dol.

223. — L'écriture, c'est-à-dire l'art de peindre la parole et de parler aux yeux, n'a été connue qu'assez tard [1]; et si des signes matériels, tels que l'érection d'un autel, d'un monceau de pierres, la plantation d'un bois, un nom relatif à des faits intéressants donné au lieu qui les avait vus s'accomplir, suffisaient pour transmettre la mémoire des événements importants et constituer les fastes d'une nation [2], il ne pouvait en être ainsi pour les conventions

[1] Goguet, *De l'origine des lois*, chap. 6, pag. 189
[2] *Id, ibid.*

particulières d'individus à individus. C'était donc presque toujours la présence de témoins qui solennisait ces conventions. Nous en trouvons de nombreux exemples dans l'histoire des anciens peuples, et notamment dans l'Ecriture Sainte [1].

La découverte de l'écriture ne pouvait, dès le principe, exercer une bien grande influence sur cet usage. Indépendamment du préjugé né d'une longue expérience, les difficultés que durent rencontrer la pratique et la connaissance de cet art expliquent comment, pendant longtemps encore, on dut recourir à un mode universellement admis. La preuve testimoniale resta donc, même après cette découverte, l'arbitre le plus usuel, le plus fréquent des transactions particulières.

234. — Les législations grecque et romaine portent l'empreinte du respect profond que cette institution, d'abord si utile, avait inspiré. Parvenus à l'époque de leur gloire, les Romains regardaient la preuve testimoniale comme indispensable, *Testimoniorum usus, necessarius est*, disait le *Digeste* [2], et Justinien n'hésitait pas à lui accorder une autorité égale à sa rivale, la preuve écrite : *In exercendis litibus, eamdem vim obtinent tam fidem instrumentorum quam depositiones testium* [3].

Il est vrai qu'à côté de cette prescription s'en rencontre une autre qui semble rejeter la preuve testimoniale en présence d'un titre écrit : *Contra testimonium scriptum, testimonium non scriptum non fertur* [4]. Mais, ainsi que

[1] *Genèse*, chap. 20, v 3 et suiv.
[2] L. 43, *De test.*
[3] L. 9, Cod., *De fide instr.*
[4] L. 1, Cod., *De testibus.*

le fait remarquer M. l'avocat-général de Corberon, dans une espèce rapportée par Merlin, si cette loi se trouve dans un des livres du Code, c'est qu'elle y a été introduite après la compilation qui en a été faite par ordre de Justinien. On ne sait, en effet, à quel empereur l'attribuer. Cujas, qui l'a tirée des *Basiliques*, pense qu'elle est de l'empereur Antonin. Mais, en l'admettant ainsi, ne faudrait-il pas en conclure qu'elle n'a jamais eu le caractère de loi dans l'empire d'Occident? En effet les *Basiliques*, recueil des lois des empereurs d'Orient, n'étaient, au témoignage de Godefroy, souvent pas obligatoires pour l'Orient même, à plus forte raison ne pouvaient-elles être considérées comme telles pour l'empire d'Occident.

Ce qui le démontre, à notre avis, c'est d'abord la loi que nous avons citée et qui a accordé à la preuve testimoniale la même autorité qu'à la preuve écrite.

C'est en outre la loi 18 au Code *De testibus*, qui est décisive. Elle nous apprend, en effet, que, préoccupé des inconvénients des témoignages complaisants, *per quos multa veritatis contraria perpetrantur*, le législateur ne trouve pas d'autre remède que d'exiger un plus grand nombre de témoins. Ainsi les débiteurs ne pourraient se prétendre libérés, *nisi quinque testes idonei et summæ atque integræ opinionis presto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia, sua debitum esse solutum.*

C'est enfin la décision de Justinien sur la préférence que l'on doit accorder à la preuve testimoniale sur le titre même[1], préférence fondée sur ce que celui-ci est muet,

[1] Si vero tale aliud quale in Armenia factum est, ut aliud qui rem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonio, tunc nos existimavimus ea quæ viva voce dicuntur et cum jurejurando, hæc digniora

tandis que les témoins parlent et répondent : *Hac potissimum ratione ducti quod instrumentorum testatio sit muta, et quæ interrogata non respondeat. Testium vero probatio semper loquatur, ratiocinetur et sæpius interrogata respondeat* [1].

Il n'est donc pas permis de douter de la haute considération que les Romains ont professée de tout temps pour la preuve testimoniale. Elle était en toute matière complètement recevable, sauf la modification que nous venons d'indiquer.

235. — Il en a été longtemps de même en France. La *Novelle* de Justinien y avait généralement formé le droit commun. On connaît cette maxime de notre vieille jurisprudence : *Témoins passent lettres.*

Mais cet état des choses fut gravement modifié par l'ordonnance de 1566. Ce que Justinien avait cru impossible, Charles IX et son immortel chancelier n'hésitèrent pas à l'exécuter. Dès ce jour, la preuve testimoniale reçut une atteinte profonde, sous le coup de laquelle elle est encore aujourd'hui.

236. — Or il n'est pas sans intérêt, puisque le Code s'est attribué le principe de cette célèbre ordonnance, de rappeler les motifs qui déterminèrent celle-ci. Nous jugerons par là de ce que le nouveau législateur a réellement voulu. Ces motifs se trouvent ainsi consignés dans l'art. 54 :

« Voulant obvier à multiplication de faits que l'on a vu

fide, quam scripturam ipsam secundum te subsistere (*Novellæ, const.*, 73, cap. 3).

[1] Boiceau, sur l'art. 54 de l'ordonn. de Moulins.

ci devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvenients et involution de procès. »

Voilà donc l'objet dans lequel il est ordonné que « doresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu aux actes, né sur ce qui serait allégué avoir esté dit et convenu avant icelui, lors et depuis. »

237. — Ces prescriptions rompaient tellement avec les habitudes des masses, qu'au dire de Boiceau elles furent considérées par elles commes dures, odieuses, contraires au droit civil. Mais telle ne fut pas l'appréciation des célèbres jurisconsultes de cette époque. Ils n'hésitèrent pas à sanctionner de leur autorité des dispositions qu'ils jugèrent les plus recommandables de toutes celles que ce siècle avait vu naître : *Nulla, toto hoc seculo, constitutio aut lex regia, sanctior ac probatior visa fuit* [1].

238. — Une longue pratique est venue démontrer la profondeur de ce jugement et sa remarquable justesse. Loin de revenir sur la décision qui le motivait, les législateurs qui se sont succédé en ont corroboré le principe. C'est ainsi que l'ordonnance de 1667 place sous son empire les obligations et la constitution des dépôts; et que l'art. 1341 du Code civil l'a mis au rang des dispositions légales qui nous régissent.

[1] Boiceau, sur l'ordonnance de 1566.

239. — De cet historique de la législation sur la preuve testimoniale, il résulte qu'on ne saurait équivoquer sur le caractère de la prohibition qui forme aujourd'hui notre droit commun. Ce qu'on a voulu prévenir, c'est la multiplicité des procès sur la nature des accords prétendus par chaque partie, sur la détermination exacte de l'intention des parties contractantes; ce qu'on a recherché, c'est la fixité des conventions, épargnant aux magistrats la perplexité dans laquelle les jettent des explications contradictoires. Evidemment aucune de ces considérations n'est dans le cas d'exercer la moindre influence sur les actions fondées sur le dol. Là, en effet, il ne s'agit plus de rechercher quelle a été l'intention des parties; c'est l'absence de tout consentement légal, c'est l'existence d'un quasi-délit qu'il s'agit d'établir, et, sous ce double rapport, la prohibition de la preuve testimoniale serait irrationnelle. En effet, s'il est bon de prévenir les procès, il est juste d'accorder une exacte réparation à celui qui est indignement trompé, et c'est ce qu'on avait parfaitement admis sous l'ordonnance de 1667 [1].

Au reste, ce qui n'était à cette époque qu'une déduction logique a acquis aujourd'hui un caractère définitif et légal. Ainsi l'art. 1348 du Code civil admet la preuve orale contre l'assertion du titre toutes les fois que la partie qui la demande a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite. Cette disposition assigne à celle de l'art. 1341 un caractère évident et certain. L'acte ne fait foi entière de son contenu que parce qu'il a été loisible à chacun de ceux qui y ont concouru, de faire constater dans l'acte même sa volonté et l'intention qui l'a réelle-

[1] Jousse, sous l'art. 4. nº 5.

ment animé. Il y a donc négligence et imprudence à ne pas l'avoir fait. A quel titre demanderait-on à la loi, d'être relevé des conséquences de l'une ou de l'autre?

Que si au contraire celui qui se plaint n'a été ni imprévoyant ni téméraire, si l'absence d'une preuve écrite n'est due qu'à des circonstances qu'il ne lui était pas donné de prévoir, et moins encore d'empêcher, on ne pouvait sans iniquité lui enlever les moyens de se soustraire aux conséquences d'une convention onéreuse autant qu'injuste.

Or, c'est précisément ce qui se réalise lorsque le contrat est le produit du dol. La victime, si elle eût soupçonné les manœuvres dont elle a été l'objet, n'aurait certes pas contracté. Elle les a donc forcément ignorées; elle n'a pu conséquemment s'en procurer une preuve écrite.

240. — L'exception à la prohibition de la preuve testimoniale, en faveur de l'action en dol, se justifie donc par les principes ordinaires. Elle est écrite dans l'art. 1348 d'abord, dans l'art. 1353 ensuite. Et l'on ne comprend pas que la doctrine ait pu un instant équivoquer sur la pensée si loyale, si évidente de la loi [1].

* (1) La doctrine et la jurisprudence reconnaissent généralement que le dol peut être prouvé par témoins. Toullier, IX, 172, 177, 190 et 192; Merlin, *Rép.*, v° Dol, n° 6; Duranton, X, 196; Larombière, V, art. 1348, n° 35; Aubry et Rau, VIII, § 765, p. 348. — Civ. rej., 22 therm., an IX; Req, 24 therm., an XIII; 20 févr. 1811; 1er févr. 1832, Sir. 32, 1, 139; 20 déc. 1832, Sir. 33, 1, 344; 3 juin 1835, Sir. 35, 1, 428; 4 févr. 1836, Sir. 36, 1, 839; Crim. rej., 28 nov. 1838, Sir. 39; 1, 813.

Mais si l'existence du contrat est contestée, celui qui l'invoque ne peut, en thèse, le prouver, par témoins, en prétextant qu'il a été provoqué par un dol. Larombière, V, art. 1348, nos 16 et 17; Aubry et Rau, VIII, § 765 p. 349; Crim. cass. 20 avril 1844, Sir. 44, 1, 848.

La même prohibition aurait lieu quoique l'une des parties contrac-

241. — Ainsi le dol antérieur ou contemporain de la convention, qu'il soit substantiel ou accidentel, direct ou indirect, positif ou négatif, peut toujours être prouvé par témoins. En est-il de même pour le dol postérieur au contrat?

La question ne serait pas douteuse, s'il fallait la résoudre sous l'influence du droit romain. Les textes d'Ulpien, que nous avons déjà cités, la trancheraient d'une manière fort nette. L'acte de celui qui poursuivait l'exécution d'une convention sans cause était un véritable dol : *Nam quis petit ex ea stipulatione, ipse dolo facit quod petit..... Exceptio utique doli mali, ei nocebit* [1].

Cette doctrine était au reste une conséquence des idées des Romains sur la preuve testimoniale et sur la nature des exceptions. Produits du droit prétorien, les exceptions n'avaient été imaginées que pour protéger ce qui était équitable contre les rigueurs du droit civil : *Quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est exceptio.* D'ailleurs le porteur du titre devait en demander l'exécution, et, dans cette instance, le défendeur pouvait obtenir *l'adjectio formulæ*, laquelle, insérée entre

tantes alléguât que ce sont des déclarations mensongères ou des promesses fallacieuses qui l'ont déterminée à ne pas exiger une preuve par écrit du contrat dont elle demande à établir l'existence par la preuve testimoniale. — *Voy.* Toullier, IX, 190 et 191; Aubry et Rau, VIII, § 765, p. 349; Civ. cass. 29 oct. 1810; 2 nov. 1812.

Enfin, la preuve testimoniale est admissible si un délit et une convention ont une connexité telle que la perpétration du délit a été consommée ou même commencée au moyen de la convention dont la conclusion est le résultat d'un dol. *Voy.* Larombière, V, art 1348, nos 16 et 17; Aubry et Rau VIII, § 765, p. 349; — Crim. rej. 27 mai 1837, Sir. 38, 1, 187; 22 août 1840, Sir. 41, 1, 255; 12 nov. 1863, Sir. 64. 1, 244; 30 avril 1868, Sir. 59, 1. 240.

[1] V. *supra*, chap. 1 sect. 2, § 4.

l'intentio ou la *condemnatio*, avertit le juge de ne pas condamner, même *si paret*, pourvu que le défendeur fasse la preuve de son allégation[1]. L'effet de l'exception n'était donc pas de détruire le droit exercé. Il se bornait à en paralyser l'exercice, lorsque la condamnation du défendeur eût été contraire à l'équité[2].

Notre loi a repoussé toutes ces formalités, toutes ces formules. Il n'y a plus qu'un seul droit commun à tous les citoyens, et ce que ce droit ne prohibe pas est parfaitement légal, alors même que l'équité ne saurait pleinement l'avouer. D'autre part, la preuve testimoniale s'est effacée devant le respect commandé pour le titre écrit et la nécessité d'obtenir une preuve littérale. Ce double principe ne fléchit que lorsque l'existence du titre est attaquée dans son principe même, à cause du vice imputé au consentement.

En conséquence, si dans son origine le contrat a été le résultat de la volonté libre et réfléchie des parties, l'engagement existe, le lien légal a toute sa force, et la présomption est qu'il n'a été créé que pour recevoir son entière exécution.

Vainement le demandeur en nullité prétendrait-il qu'il n'a signé l'acte que parce qu'il était convenu qu'il ne serait jamais exécuté ; et verrait-il un dol dans la conduite de son adversaire. Pour que ces prétentions fussent accueillies, il faudrait que la première résultât du titre ou de tout autre acte séparé. Car c'est pour les cas de ce genre surtout, que l'art. 1341 prescrit la preuve littérale. En l'absence de cette preuve, on répondrait à celui qui se plaint : la loi vous faisait un devoir rigoureux de vous

[1] Etienne, *Théorie des actions*, chap. 2, § 12, pag. 273.
[2] *Id., ibid.*

procurer la preuve écrite des faits dont vous excipez; cette preuve vous étiez en possession de l'obtenir ; si vous ne l'avez point, c'est que vous avez préféré suivre aveuglément la foi de celui qui est aujourd'hui votre adversaire; subissez donc les effets de cette confiance ; il ne nous appartient même pas de rechercher si elle est ou non trahie.

Ce langage est sévère, il peut même paraître odieux et injuste. Mais, si l'on réfléchit aux inconvénients nombreux que le système contraire entraînerait, on se réconcilie avec la pensée du législateur. N'est-il pas évident, en effet, qu'autoriser la preuve testimoniale du dol postérieur au contrat, c'était ouvrir une large porte à l'invasion de la mauvaise foi, multiplier les procès, compromettre les droits les plus légitimes en les soumettant aux éventualités toujours si incertaines de la preuve orale? Que d'accusations mal fondées ne se seraient-elles pas produites, ne fût-ce que pour arrêter momentanément l'exécution d'un contrat réel?

C'était là rétrograder au delà des ordonnances de 1566 et 1667, et revenir aux abus que ces législations avaient si heureusement réprimés.

Que, dans ses conséquences, l'application rigoureuse de l'art. 1341 puisse quelquefois consacrer une injustice et une fraude, c'est là une malheureuse vérité. Tel n'est-il pas d'ailleurs le sort de toutes les institutions humaines ! Mais, entre ces malheurs partiels et l'intérêt général, il n'y a pas à hésiter. C'est ce que le législateur a sagement pensé. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de prévenir avant de frapper, et certes la disposition de l'art. 1341 prouve qu'il n'a pas failli à cette mission.

Ainsi le dol postérieur au contrat ne saurait être

prouvé autrement que par écrit. Quelque odieuse que soit la conduite de celui qui, après avoir concouru à un acte simulé, en poursuit l'exécution, comme le préjudice qui en résultera a pu être prévu au moment du contrat et conjuré par le contrat même ou par tout autre acte séparé, la loi a dû se reposer sur l'intérêt des parties. Elle ne peut protéger celle d'entre elles qui s'est imprudemment abandonnée, plus efficacement qu'elle ne l'a fait elle-même, ni la récompenser de la violation expresse de sa disposition.

242. — Nous trouvons une remarquable application de ces principes dans un arrêt de la Cour de cassation, sur l'espèce suivante :

Le 11 germinal an XIII, le sieur Chiorando, receveur particulier des contributions directes à Alexandrie, délivra à Visconti, sur Gaudry, percepteur des contributions dans la même ville, un bon de 7,000 fr., portant la mention qu'il en sera tenu compte à ce dernier sur son premier versement. Ce bon a été acquitté. Le 18 du même mois, Chiorando reconnut avoir reçu purement et simplement de Gaudry 7,000 fr. Celui-ci était resté tout à la fois porteur du bon et de la quittance. Chiorando l'a assigné pour le faire condammer à lui restituer le bon ou à lui en donner quittance, prétendant que celle du 18 germinal s'y appliquait. Gaudry prétend que le bon et la quittance font deux titres bien distincts, qui ont pour objet : le premier d'établir une créance en sa faveur; et le second, de constater le versement par lui fait d'une somme de 7,000 fr., indépendamment de celle énoncée dans le bon.

Chiorando demande alors à prouver par témoins : 1° que

le 18 germinal an XIII, il délivra une quittance de 7,000 fr. et qu'il l'envoya par un de ses commis au bureau du sieur Gaudry, pour la remettre à celui-ci et retirer en même temps le bon de pareille somme, délivré le 11 du même mois au sieur Visconti; 2° que la personne chargée de cette quittance, ne trouvant pas le sieur Gaudry chez lui, s'adressa à un de ses commis qui, ayant déclaré qu'il était instruit de la chose, avait tâché de retrouver le bon dans le bureau; 3° qu'après avoir cherché dans plusieurs endroits sans avoir pu le retrouver, ce commis dit à celui du sieur Chiorando de laisser la quittance, en l'assurant que, dans la journée, il lui rapporterait lui-même le bon, en remplacement duquel la quittance devait être donnée; 4° enfin, que la personne chargée de la quittance la laissa effectivement entre les mains du commis de Gaudry, mais que ce dernier n'apporta pas le bon.

Gaudry soutient que la preuve testimoniale n'est pas admissible, mais cette prétention est repoussée d'abord par le Tribunal d'Alexandrie, et, sur l'appel, par la Cour de Gênes.

Sur le pourvoi de Gaudry, l'arrêt de celle-ci fut cassé par décision du 29 octobre 1810, en ces termes :

« Attendu que l'art. 1341 défend d'admettre aucune preuve par témoins outre et contre le contenu aux actes, ni sur ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr.; que cet article ne reçoit exception, aux termes des art. 1347 et 1348, que lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve par écrit; attendu que les parties ne se trouvaient ni dans l'une ni dans l'autre de ces exceptions, puisque l'arrêt dénoncé n'a pas déclaré qu'il existât un commencement de preuve par écrit; et qu'il avait été

impossible au défendeur de rapporter une preuve écrite des faits par lui articulés [1]. »

Or, c'est précisément cette possibilité qui existe pour le dol postérieur au contrat. Dès lors, la doctrinede cet arrêt devrait régir et faire repousser la demande de la preuve testimoniale.

243. — Mais cette preuve deviendrait admissible, s'il existait un commencement de preuve par écrit. Nous aurons occasion, en traitant de la fraude, de rechercher les caractères constituant ce commencement de preuve. Nous nous contenterons de remarquer ici que la doctrine et la jurisprudence ont singulièrement étendu la disposition de l'art. 1347, dans l'interprétation de laquelle les magistrats n'obéissent à d'autres règles qu'à celles d'un arbitrage souverain.

L'un des éléments les plus usuels, les plus utiles à cet arbitrage, est sans contredit l'interrogatoire sur faits et articles. Il n'est pas rare, en effet, de trouver dans les réponses fournies des indications rendant le fait vraisemblable et constituant par conséquent le commencement de preuve. Le cas se réalisant, aucune difficulté sérieuse ne s'opposerait à l'admission de la preuve orale.

244.— Il est une hypothèse qui peut faire surgir une difficulté grave, c'est lorsque le porteur du titre querellé de dol postérieur, avoue la simulation de la cause énoncée et en indique une autre qui serait légitime. Faut-il dans cette espèce recourir à la preuve testimoniale, l'aveu de la simulation créant un commencement de preuve, ou

[1] Dalloz A., tom. x, v° *Oblig.*, ch. 6, sect. 2, art. 2.

bien faut-il accepter cet aveu dans les deux parties et repousser toute preuve orale?

245. — Dans ce dernier sens on a dit que l'acte qui exprime une cause fausse n'en est pas moins valable, s'il en existe une réelle et légitime; que l'aveu que l'on ne peut scinder, faisant foi de la fausseté de la cause exprimée, doit faire foi de celle qui est substituée; qu'admettre le contraire, ce serait violer le principe de l'indivisibilité de l'aveu; qu'on doit donc accepter la déclaration dans son entier, alors même que des présomptions graves, précises et concordantes indiqueraient que la seconde partie n'est pas conforme à la vérité. C'est dans ce sens et dans ces termes que la Cour d'Aix l'a jugé dans l'affaire Jourdan contre Bizot.

246. — Ce système, à notre avis, ne saurait être accueilli. Il n'est que le résultat d'une appréciation exagérée de l'art. 1356; il s'écarte, de plus, des principes consacrés par l'art. 1131.

L'arrêt considère d'abord que l'acte produit par le créancier est inattaquable par la preuve testimoniale aux termes de l'art. 1341. Cela est rigoureusement exact. Aussi, tant que le créancier, s'en référant au titre, l'oppose aux allégations du débiteur, ces allégations, ne pouvant établir qu'un dol postérieur au contrat, ne peuvent ni prévaloir sur le titre, ni devenir l'objet d'une preuve testimoniale en l'absence d'un commencement de preuve par écrit.

Mais dès que le créancier, désertant le titre, en reconnaît la simulation, l'art. 1341 devient inapplicable sous un double rapport :

1° L'art. 1134 ne déclare obligatoires que les conven-

tions *légalement* formées. Pour que ce caractère soit acquis, il faut que l'obligation ait une cause; c'est là une des conditions requises par l'art. 1108. Comme conséquence, l'art. 1131 déclare nulle et de nul effet l'obligation sans cause, ou sur une cause fausse ou illicite. Or, l'obligation, dont la cause exprimée est reconnue inexacte, est réellement une obligation sans cause. Tout au moins le titre exprime-t-il une cause fausse et, jusqu'à preuve contraire, la cause véritable peut être présumée illicite. Dès lors, ce ne serait plus seulement une simulation ordinaire, il s'agirait, dans cette hypothèse, d'une fraude tentée pour éluder l'art. 1131. Or, la fraude à la loi peut toujours être prouvée par témoins.

Vainement prétendrait-on que le débiteur, ayant coopéré à cette fraude, ne saurait être admis à s'en prévaloir. Il est vrai que cette conclusion a pour point d'appui la maxime *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Mais le droit romain avait-il voulu autoriser le créancier à profiter de sa déloyauté? N'enseignait-il pas, au contraire, que, *nemini fraus sua patrocinari debet?* Si donc il n'y avait en présence que le débiteur et le créancier, les raisons d'admettre ou de rejeter leurs prétentions se balanceraient avec une égale autorité; mais au-dessus de l'une et de l'autre se trouve engagée la loi elle-même, dont on a voulu méconnaître la volonté, éluder les dispositions; et la nécessité de rétablir l'une et de faire exécuter les autres est une réponse plus que péremptoire au brocard de droit que l'on voudrait invoquer.

Aussi la doctrine est-elle d'accord pour reconnaître qu'ériger en principe absolu la maxime *nemo auditur, etc..*, ce serait consacrer la fraude et ôter aux lois toute leur force. Dès lors, disent Teulet et Dauvilliers, dans le ré-

sumé de cette doctrine, on doit déclarer que si cette fin de non-recevoir peut être quelquefois admise, c'est lorsque l'influence des faits est telle, qu'en effet, elle offre le moyen de rendre une décision plutôt équitable que juridique; mais, en principe, il faut reconnaître que toute partie doit être admise à attaquer comme nulle toute obligation qu'il soutiendra avoir souscrite sans cause ou sur une fausse cause, et que pour arriver à ce résultat elle sera autorisée à fournir tous les modes de preuves[1].

Cette doctrine est loin de violer l'art. 1341; on peut même dire que dans l'hypothèse où nous raisonnons, il n'y a pas lieu de l'invoquer. Dès l'instant que la simulation de la cause énoncée dans le titre est reconnue, le titre disparaît. Il n'y a plus qu'une allégation contre celle du débiteur. D'ailleurs, lorsqu'il y a réellement une cause fausse, ne peut-on pas dire que le débiteur, protégé par l'art. 1131, n'a pas dû se mettre fort en peine de se procurer une preuve qu'il était d'ailleurs impossible qu'il se procurât? Lorsqu'il s'agit de faire ce que la loi défend, lorsqu'on a recours à la simulation, il est certain qu'on n'ira pas, par une déclaration écrite, s'enlever tout le bénéfice de cette simulation. S'il s'agit, par exemple, de déguiser une dette de jeu, en lui donnant la forme d'un prêt ordinaire, le perdant qui se résigne à souscrire l'acte, songera-t-il à exiger une contre-lettre, le gagnant la souscrira-t-il? Autant vaudrait ne pas rédiger de titre écrit que de l'annuler d'avance par cette précaution.

Et cependant si le système que nous combattons était admis, il en résulterait qu'il suffirait au porteur du titre d'en reconnaître la simulation, mais d'en indiquer une

[1] Cod. civ. annoté, art. 1131, nos 14, 15 et 16.

cause autre que celle exprimée pour assurer l'exécution qu'il en sollicite; le perdant, lié par cette déclaration, ne pourrait plus prouver par témoins le véritable caractère de l'acte. C'est pourtant le contraire qui est enseigné par la doctrine et la jurisprudence[1].

Dira-t-on qu'il s'agit pour les dettes de jeu d'une obligation illicite? Nous répondrons que l'obligation est si peu illicite, qu'elle lie naturellement le perdant; qu'on ne peut répéter ce qui a été volontairement payé, tandis qu'on est recevable à se faire restituer ce qu'on a payé sans cause; que fallût-il d'ailleurs reconnaître ce caractère illicite à la dette de jeu, l'art. 1131 ne faisant aucune distinction entre la cause illicite et le défaut de cause ou la cause fausse, la preuve testimoniale admise pour l'une doit l'être également pour les autres.

2° Sous un autre rapport, et en supposant que la fausseté de la cause ne pût devenir l'objet d'une preuve orale sans qu'il existât un commencement de preuve par écrit, on doit considérer comme tel l'aveu de la simulation de la cause indiquée par le titre. Cet aveu, en effet, altère profondément l'acte, lui enlève son caractère et constitue une véritable preuve contre lui. Or, le commencement de preuve n'est-ce pas tout fait émané du créancier qui rend le système du débiteur vraisemblable? Eh bien! en convenant d'une fraude en sa faveur, le premier ne rend-il pas vraisemblable celle dont se plaint le second?

Mais, dit-on, l'acte n'est pas nul par cela que l'on recon-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Jeu*, n° 4; — Favard, *Contrat aléatoire*, tom. 1, pag. 29; — Toullier, tom. 6, n° 381; — Chardon, *Du dol*, n° 560, 561. — *J. du P.*: Cass., 21 novembre 1814; — Lyon, 21 décembre 1821; — Grenoble, 6 décembre 1823; — Angers, 13 août 1831; — Paris, 5 Septembre 1834.

naît que la cause est simulée. Il peut être maintenu, s'il est prouvé qu'il en existe une autre légitime et sérieuse.

Cette objection, loin d'affaiblir notre système, ne tend qu'à le renfoncer. Dans l'hypothèse donnée, l'acte écrit ne se suffit plus à lui-même. Il a besoin d'un secours extérieur, celui de la preuve qu'il existe une cause. Cette preuve, c'est le créancier qui est obligé de la fournir. Dès l'instant qu'il y a lieu de recourir à une preuve, le droit de fournir la preuve contraire naît incontestablement. Sans ce droit, il y aurait une atteinte flagrante à la libre défense de celui qui est attaqué, et l'on admettrait que, si le créancier, au lieu de cette preuve obligée, se borne à une allégation, le débiteur ne pourra prouver la fausseté de cette allégation, lui qui aurait la faculté de discuter la preuve elle-même, de l'anéantir par la preuve contraire.

Après un pareil système, il n'y a plus qu'à déchirer l'art. 1131 et laisser la fraude se parer insolemment des dépouilles de ses victimes. Dans quel cas sera-t-il possible d'appliquer la prohibition des obligations sur cause fausse ? Le porteur assez indélicat pour poursuivre par un véritable dol l'exécution d'une obligation simulée, aura la déloyauté, tout en convenant de la cause exprimée, d'en désigner une autre telle quelle. Dans la supposition d'une dette de jeu que nous faisions tout à l'heure, il suffira au gagnant de dire : oui, la somme indiquée reçue au moment de l'obligation n'a été en réalité ni reçue ni délivrée, mais une somme égale m'était déjà due en vertu d'avances antérieures par moi faites.

Et cette homme sera cru ? et la justice, alors que le débiteur n'aura pas un commencement de preuve par écrit de la fausseté de cette allégation, devra abdiquer

tout droit d'examen, condamner impitoyablement ce débiteur, alors même que des présomptions graves, précises et concordantes se réuniront pour faire suspecter la véracité de l'allégation ! Une pareille jurisprudence serait un malheur social.

247. — Ainsi l'a pensé la Cour de Cassation, car elle à admis le contraire en jugeant, le 8 avril 1835, que, lorsque toutes les parties reconnaissent que la cause exprimée dans un acte obligatoire est simulée, les tribunaux peuvent rechercher, par la preuve testimoniale et par des présomptions, quelle est la véritable cause, et décider, d'après les circonstances, que l'obligation est sans cause et par suite nulle [1]. Il est important de rapporter l'espèce dans laquelle cet arrêt est intervenu.

[1] En thèse, celui qui attaque comme simulée une convention dans laquelle il a été partie, n'est point recevable à prouver par témoins la simulation à laquelle il a consenti sans que son consentement lui ait été arraché par violence ou surpris par dol. C'est qu'il lui a été possible, au moyen d'une contre-lettre, de se procurer une preuve littérale de cette simulation. Toullier IX,178, 184; Duranton X, 357; Larombière, V, art. 1348; n° 18; Aubry et Rau, VIII, § 765, p. 350-351; Civ. cass., 8 janv. 1817; 6 août 1828; Req. 30 avril 1838, Sir. 38 1,437, 16 nov. 1859; Sir. 60,1,266; Civ. rej. 12 mars 1860, Sir 60, 1, 673.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 mai 1883, rendu à notre rapport (*affaire Navarro* c. *Dlle Dominguez Lopez*), porte qu'en matière civile, le souscripteur d'effets de complaisance ne peut, en thèse générale, être admis à prouver par témoins ou par présomptions, vis-à-vis du bénéficiaire, que ces billets, malgré l'énonciation d'une cause qu'ils contiennent, sont en réalité sans cause.

Mais le même arrêt décide qu'il en est autrement en matière commerciale (art 1341, C. civ. et 109, C. comm.).

Enfin, lorsqu'il est reconnu par toutes les parties que la cause d'un billet est simulée, la preuve testimoniale est admissible pour en établir la véritable cause, — Larombière, V, art. 1348, n° 18; Aubry et Rau, *Loc. cit.* — Civ. rej. 8 avril 1835, cité par M. Bédarride.

En 1825, le sieur Jacques Pascal, souscrivit un billet de 1,600 fr. en faveur de son frère, qui le céda bientôt après au sieur Razaud gendre de Pascal. A l'échéance, Razaud demande paiement à son beau-père, qui soutient que l'obligation était sans cause, et qui, postérieurement, *offrit de la payer par l'abandon d'un immeuble.* Cette offre n'ayant pas été acceptée, la cause fut déférée à la justice, voici littéralement le système du créancier.

La cause exprimée dans l'obligation n'est pas vraie, mais ce qui lui a donné naissance, c'est que mon père avait autrefois avancé une somme de 1,600 fr. au sieur Jacques Pascal. Celui-ci ne s'en étant pas reconnu débiteur, lors de mon mariage avec sa fille, a imaginé de réparer cet oubli en s'obligeant pour pareille somme envers son frère, et en lui donnant mandat de me céder ensuite l'obligation.

Jacques Pascal demande à prouver par témoins la fausseté de cette assertion. La Cour de Grenoble admet cette preuve par un premier arrêt, et annule, par un second, l'obligation comme étant sans cause.

Pourvoi en cassation par Razaud, pour, entre autres, violation des art. 1319, 1341 et 1347 du Code civil, en ce que la Cour s'était déterminée par de simples présomptions, pour annuler l'obligation, quoiqu'il ne fût articulé ni dol ni fraude, et que les allégations de Pascal ne fussent soutenues d'aucun commencement de preuve par écrit.

A ce système, qui est celui consacré par la Cour d'appel d'Aix, voici la réponse de la Cour de cassation :

« Attendu que la Cour a constaté en fait dans son premier motif, qu'il a été convenu par toutes les parties que l'obligation, dont Razaud entendait se prévaloir, était un

acte simulé; qu'en partant de ce fait ainsi reconnu, il n'y a plus eu pour les juges qu'à rechercher les causes qui avaient pu donner naissance à cet acte, et si ces causes avaient pu engendrer une obligation légitime et valable; que le même arrêt déclare, par appréciation des enquêtes, que Razaud n'ayant pas fait la preuve des faits par lui articulés, il suit de là et des autres circonstances de la cause que l'obligation du 27 novembre 1825 n'a point eu pour objet la reconnaissance d'une dette légitime; qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé aucune loi, a, au contraire, sainement appliqué l'art. 1131, qui prononce, en termes exprès, la nullité de l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite »[1].

Il résulte bien de cet arrêt que lorsque le créancier reconnaît la simulation de la cause exprimée au titre, il est obligé non pas seulement d'indiquer, mais encore de prouver qu'il en existe une autre valable; que le débiteur peut prouver le contraire; que les tribunaux peuvent se décider même par des présomptions, et annuler l'acte, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit.

En d'autres termes, le titre reconnu simulé par toutes les parties n'existe plus. On ne peut plus revendiquer pour lui l'autorité que les art. 1134 et 1341 confèrent aux actes réguliers. Il n'y a plus en présence de la justice que deux allégations contradictoires, dont la plus probable doit être adoptée. Dans l'espèce jugée par la Cour d'appel d'Aix, des présomptions graves, précises et concordantes venant faire suspecter le dire du créancier, l'obligation eût dû être annulée.

[1] *J. du P.*, année 1835.

Vainement dit-on que rejeter la seconde partie de l'allégation ce serait porter atteinte à l'indivisibilité de l'aveu. On vient de voir que la Cour de Grenoble et la Cour de cassation ne se laissent nullement préoccuper par cette considération, dans une espèce cependant où l'offre faite par le débiteur de payer la dette, au moyen de la désemparation d'un immeuble, rendait l'existence de la dette vraisemblable. Ce n'était là, au reste, qu'une exacte application des véritables principes de la matière.

En effet, il faut bien se garder de donner au principe de l'art. 1356 une extension qu'il ne saurait comporter. En l'acceptant d'une manière absolue, on arriverait bientôt à cette conséquence que la justice serait enchaînée à consacrer l'aveu en entier, alors même qu'une partie de cet aveu lui serait démontrée impossible, invraisemblable, mensongère, ce qui serait absurde. Or, dit Merlin, non-seulement on ne doit pas supposer qu'une loi, quelque générale qu'elle soit, n'excepte pas de sa disposition les cas où elle dégénérerait en absurdité, mais ce serait même la violer que de les y comprendre [1].

Aussi a-t-il été de tous temps admis que l'indivisibilité de l'aveu comportait de nombreuses exceptions, dont les plus usuelles sont rappelées en ces termes par Merlin et Toullier :

1° Lorsque la seconde partie de l'aveu est d'une invraisemblance choquante, ou qui dégénère en absurdité;

2° Lorsqu'elle est prouvée fausse ou infectée de quelque mensonge qui en rend la vérité suspecte;

3° Lorsqu'elle est combattue par un commencement de preuve par écrit;

[1] *Questions de droit*, v° *Confession*, § 2.

4° Enfin, lorsque l'aveu porte sur des faits qui, bien que connexes, ne se réfèrent pas à une seule et même époque, et ne forment pas ce que les jurisconsultes appellent *un acte continu* [1].

Ces principes, que nous a légués l'ancienne doctrine avaient été, avant et depuis le Code, consacrés par la jurisprudence. Ainsi la Cour de Paris décidait, le 6 avril 1829, que l'art 1356, d'après lequel l'aveu judiciaire ne peut être divisé, reçoit exception dans le cas où il résulte des *circonstances de la cause* que celui qui l'a fait n'a pas été de bonne foi dans ses déclarations [2]. De son côté, la Cour de cassation jugeait, le 6 février 1838, que l'aveu n'est indivisible que lorsqu'il porte sur un même fait, passé dans une circonstance unique, et qui ne peut être attribué qu'à celui qui a fait cet aveu [3].

L'arrêt de la Cour d'Aix n'admet qu'une seule exception à l'indivisibilité de l'aveu, à savoir : lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Cet arrêt se trouve donc en contradiction avec la doctrine ancienne, avec celle enseignée par Merlin et Toullier, avec celle consacrée par la Cour de cassation et par les Cours de Grenoble et de Paris. A-t-il fait une plus sage application de la loi ? On ne peut l'admettre, en présence de la conclusion qui se tire logiquement de sa doctrine et qui se résume en ces termes : En l'absence d'un commencement de preuve par écrit de la fausseté d'une partie de l'aveu, les magistrats seront obligés de l'accepter en entier, alors même qu'ils seraient certains de cette fausseté, alors

[1] Merlin, *Questions de droit*, v° *Confession*, §2; — Toullier, tom. x, n°s 336 et suiv.

2 *J. du P.*, année 1829.

3 *Id.* tom. 1, 1838, pag. 526.

même que le fait allégué serait invraisemblable, impossible, absurde. Une pareille conclusion ne blesse-t-elle pas le bon sens et la raison?

Tenons donc pour certain que là ne saurait se trouver la vérité, et admettons avec la doctrine ancienne, avec la jurisprudence, que l'aveu ne doit être accepté intégralement que lorsque les faits et circonstances ne lui ont pas d'avance infligé un démenti éclatant; que la reconnaissance de la simulation d'un acte, rendant indispensable la recherche de la cause véritable de l'obligation, met à la charge du créancier la preuve de son existence; que son allégation ne saurait jamais remplacer la justification qu'il doit fournir, ni redonner à l'acte l'autorité que l'aveu de la dissimulation lui a fait perdre; que cette allégation, comme la preuve elle-même, peut être discutée par le débiteur et renversée par la preuve contraire; enfin que si des présomptions graves, précises et concordantes en font suspecter la véracité, en l'entachant d'invraisemblance, la justice non-seulement peut, mais encore doit la rejeter, sans violer le texte et l'esprit de l'art. 1356.

248. — Du principe que la preuve testimoniale est admissible en matière de dol, il ne s'ensuit pas que les juges soient obligés de l'admettre dans tous les cas. Il ne suffit pas, en effet, qu'une preuve soit recevable, il faut en outre que les faits qu'elle a pour objet d'établir soient tels, que leur démonstration ait une influence nécessaire sur le sort de l'acte.

Il faut donc, pour que les magistrats puissent apprécier, que le demandeur en preuve expose avec précision et clarté les diverses circonstances desquelles il veut faire résulter le dol qu'il articule. Celui qui se bornerait à sou-

tenir que l'acte est dolosif et qui demanderait à en faire la preuve, devrait être éconduit. La preuve ne peut être accordée qu'à celui qui expose nettement les faits, qui spécialise les manœuvres dont il se prétend victime, qui indique dans quelles circonstances les uns et les autres se sont réalisés, et la part que son adversaire a à s'attribuer dans leur exécution.

Ces obligations étaient imposées en droit romain à celui qui opposait le dol. La loi avait même réglé l'articulation qui était à sa charge : *Illud enim annotandum est, quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quæratur; non in rem si in ea re dolo malo factum est, sed sic, in ea re nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur debet is qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum, nec sufficit ei ostendere in re esse dolum, aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare dummodo hæ sint quarum dolus noceat*[1].

Il en était de même pour celui qui agissait comme demandeur en nullité, pour cause de dol : *Item exigit prætor ut comprehendatur quid dolo malo factum sit, scire enim debet actor in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari*[2].

Il est vrai que ces exigences trouvaient en droit romain un motif plausible dans la nature de l'action en dol. Nous avons déjà dit qu'elle était considérée comme infamante, et l'on comprend dès lors les précautions dont on en avait entouré l'exercice. Aujourd'hui l'action en dol a perdu ce caractère. La tache qui en résulte est purement morale. Et cependant on n'a pas dû se départir de la sévérité déployée

[1] L. 2, § 1, Dig. *De doli mali et metus except.*
[2] L. 19, Dig. *De dolo malo.*

dans l'admissibilité de la preuve. Le respect dû au titre écrit légitime aujourd'hui ce qui était autrefois la conséquence de la nature de l'action.

On ne saurait au reste taxer de rigueur ces prescriptions légales. Il est, il sera éternellement vrai que celui qui se prétend trompé doit savoir en quoi, comment et par qui il l'a été. Il est donc naturel que la justice, avant de lui accorder la réparation qu'il sollicite, lui demande compte de ses griefs, pour en apprécier l'importance. En conséquence, s'il se tait ou s'il se renferme dans des généralités vagues et sans portée, on présumera facilement que ses allégations ne sont qu'un prétexte, pour échapper aux conséquences d'une obligation légitime, ou pour en retarder l'exécution.

249. — La première condition, pour être admis à la preuve testimoniale, est donc l'articulation précise des faits qui doivent en faire l'objet. Ces faits énoncés, le juge examine les conséquences qu'ils doivent entraîner, l'influence qu'ils sont dans le cas d'exercer sur ce qui fait la matière du litige. Il en ordonne la preuve s'ils sont pertinents, c'est-à-dire si, prouvés qu'ils soient, ils doivent démontrer l'existence du dol imputé.

250. — C'est là, en effet, le seul mode rationnel et décisif d'apprécier la pertinence des faits allégués. On les suppose prouvés et l'on recherche quel sera, dans cette supposition, l'effet qu'ils devront produire. Si de leur existence on peut induire, nous ne dirons pas certitude, pourra-t-on jamais en acquérir une par la preuve testimoniale ! mais une probabilité, forte, puissante et grave de la vérité de l'accusation, la preuve doit en être ordonnée.

N'arrivera-t-on, au contraire, qu'à des présomptions sans significations bien précises, ou balancées par des présomptions contraires? La preuve pourra paraître superflue, et, puisqu'en définitive elle ne devra produire aucun résultat utile à celui qui l'invoque, on devra économiser les lenteurs et les frais qu'elle occasionnerait : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

Dans tous les cas, et pour ce qui concerne cette appréciation, la loi n'a pu que s'en remettre entièrement à l'arbitrage du juge. Elle ne pouvait dicter une règle quelconque, lorsqu'il ne s'agit pour le magistrat que d'obéir à des impressions qui doivent se modifier dans chaque espèce, suivant la position particulière des parties, la nature de l'acte et des circonstances dans lesquelles il s'est réalisé. Ainsi ce qui ne constituerait ici qu'un doute léger, peut devenir là une véritable démonstration. C'est donc au juge à puiser dans les éléments de la cause la conviction qui lui dictera la décision à laquelle il doit s'arrêter. C'est à sa conscience seule à décider de la pertinence des faits.

251. — Il en est ainsi pour l'appréciation de la preuve rapportée. Les enquêtes versées au procès, la discussion s'établit sur la question de savoir si la preuve est ou non acquise. On comprend que pour la solution d'une question pareille, c'est la conscience du juge et ses impressions personnelles auxquelles on a dû exclusivement se rapporter. Il est cependant quelques observations légales qu'il ne faut point négliger.

252. — Jusqu'à la promulgation du Code, on tenait à peu près pour certain que la déposition d'un seul témoin

ne devait pas faire foi en justice. Ce principe, sanctionné par le Pentateuque[1], avait passé dans le droit romain. Justinien ne s'était pas contenté d'exiger deux témoins dans tous les cas où la loi ne déterminait pas un autre nombre. Il avait en outre expressément défendu aux juges d'admettre un témoignage unique, fût-il émané d'un membre du Sénat romain : *Etiam si præclaræ curiæ honore fulgeat*[2].

Ce sont ces errements que notre ancien droit avait suivis. De là divers systèmes sur les obligations du juge relativement à la preuve orale. Les anciens interprètes avaient notamment distingué la preuve complète, de la demi-preuve, de la légère. Considérant ces deux dernières comme des fractions de la première, ils établissaient combien il fallait de demi-preuves ou de preuves légères pour constituer une preuve entière. Mais, comme l'enseigne Merlin, ces subtilités avaient été repoussées par les jurisconsultes les plus éminents. Cujas, entre autres, y répondait par ces belles paroles : *Ut veritas ita probatio scindi non potest; quæ non est plena veritas est plena falsitas, quæ non est plena probatio, plene nulla probatio est.*

253. — Aujourd'hui et sous l'empire de la loi qui nous régit, le demandeur n'a rempli son obligation que lorsqu'il a rapporté une preuve satisfaisante des faits interloqués. Si les témoins entendus ne sont ni précis ni décisifs; si leur déposition laisse subsister des doutes sur la vérité des reproches dirigés contre l'acte, l'acte est maintenu : *In dubio standum est instrumento.*

[1] *Exode*, ch. 25 v. 30; — *Deutéronome*, ch. 17. v. 6. et ch. 19. s v 15.
[2] L. 12, et L. 9, § 1, *De testibus*.

Mais les magistrats sont libres de trouver la preuve complète dans les éléments qui leur sont soumis, d'asseoir leur décision sur la déposition d'un seul témoin comme sur celle de plusieurs. La loi ne leur fixe plus aucune limite. C'est comme jurés qu'elle les appelle à prononcer. Il suffit donc qu'ils aient le droit et le devoir de prononcer conformément à cette conviction.

254. — Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, la preuve par présomptions l'est également. L'utilité de cette dernière, dans la matière qui nous occupe, se justifie d'elle-même. Il est certain que sans son secours, le dol sortirait presque toujours triomphant des luttes dont il serait l'objet. La preuve testimoniale n'est pas toujours possible, car il n'est ni dans l'intérêt ni dans les habitudes de ceux qui demandent au dol des moyens de s'enrichir, d'agir de telle sorte qu'on puisse divulguer leur conduite à l'aide de témoins.

255. — La preuve par présomptions était donc commandée par la nécessité de réprimer la mauvaise foi et de sauvegarder l'intérêt des parties contractantes, celui des tiers. Aussi son admission n'a-t-elle, en aucun temps, rencontré le moindre obstacle. Il n'y a eu dissentiment que sur la nature et le nombre des présomptions qu'il convient d'exiger pour prouver la nullité des actes.

Sur le premier point, les présomptions remplaçant la preuve testimoniale, on soutenait qu'elles devaient réunir les qualités qui étaient requises dans les dépositions des témoins. C'est ce qu'enseignait Danty dans son *Traité de la preuve par témoins*. Puisque, disait cet auteur, on n'est obligé de s'en rapporter à des présomptions que

lorsque la preuve par témoins et la preuve par écrit manquent, il s'ensuit que la loi considère les présomptions comme des témoins, car c'est sur la foi de ces présomptions qu'elle se détermine, ce qui, par conséquent, indique qu'elles doivent avoir les mêmes qualités que celles que la loi requiert dans la déposition des témoins, pour y ajouter une créance entière.

256. — Mais la loi permettant aux juges de se décider sur la déposition de deux témoins, admettait-elle la même faculté s'il n'existait que deux présomptions? Dumoulin enseignait l'affirmative et pensait que dans certains cas deux présomptions devaient paraître suffisantes[1]. Coquille, portait le nombre à trois, pourvu qu'elles fussent conformes entre elles et essentielles au fait qu'on voulait établir[2]. Mais Danty concluait, du silence que la loi avait gardé sur le nombre des présomptions que, n'ayant fixé aucun chiffre, elle s'en était rapportée entièrement à la prudence du juge.

Telle était aussi l'opinion de Domat. Ce célèbre jurisconsulte, après avoir expliqué ce qu'on doit entendre par présomptions, et exposé leurs caractères, conclut en ces termes : Sur quoi il ne peut exister de règle précise; mais, en chaque cas, il est de la prudence du juge de discerner si la présomption se trouve bien fondée, et quel effet elle peut avoir pour servir à la preuve[3].

La justesse de cette conclusion peut d'autant moins être contestée qu'elle ressort forcément de la nature des choses. Ce que nous disions tout à l'heure pour la perti-

[1] *Traité des fiefs,* tit. 1, § 35, glos. 2.
[2] *Coutume du Nivernais,* art. 40.
[3] *Lois civiles,* tit. VI, sect. 4.

nence des faits, est parfaitement applicable aux présomptions. Leur véritable signification se juge par la condition des parties, la nature de l'acte, les circonstances de fait qui sont relevées; et il est certain que les mêmes présomptions qui auront été jugées insuffisantes dans tel cas, entraîneront, dans tel autre, la conviction du juge. C'est surtout ce caractère relevant qui, de l'avis des auteurs les plus célèbres, empêchait d'établir une règle quelconque en pareille matière. Aux opinions de Domat et de Danty, nous pouvons ajouter celle du cardinal de Lucca, en tout conforme : « *Confictus erat in præsumptionibus super quibus certa, determinataque regula juris dari non potest, cum in conjecturalibus totum pendeat a prudentis judicis arbitrio ex individuorum casuum circumstantiis insimul unitis regulando dum ut frequenter habetur, sæpe contigit ut eadem ac minoris conjecturæ ob personarum, locorum vel temporum circumstantias in uno casu abundent, et in altero eadem ac majores non sufficiant*[1] ».

257. — Notre législateur moderne a complétement partagé ces idées. Il a pensé qu'on ne pouvait, en matière de présomptions, préciser une règle, un mode unique d'appréciation, sans s'exposer à porter atteinte à cette indépendance d'examen dans laquelle le magistrat puise les éléments d'une bonne et exacte justice. En conséquence, l'art 1353 abandonne les présomptions aux lumières et à la prudence du juge. Le seul devoir qui lui soit imposé à cet égard, c'est de ne les admettre

[1] *De dote*, disc. 24, nº 4.

que lorsqu'il les reconnaît graves, précises et concordantes [1].

La doctrine a depuis longtemps déterminé ce que ces termes signifient. Les présomptions sont *graves et précises* lorsqu'elles reposent sur des faits qui ont une connexité certaine avec ceux dont la preuve est recherchée; elles sont *concordantes*, lorsque sans se démentir elles se lient les unes aux autres et qu'elles tendent toutes à un même but. A ces conditions, les présomptions constituent une véritable preuve.

258. — La loi qui nous régit, admettant la déposition d'un seul témoin, autorise-t-elle le juge à prononcer, lorsqu'il n'existe qu'une seule présomption? L'article 1353 nous paraît proscrire l'affirmative. Ses exigences sur la nature des présomptions font nécessairement supposer qu'il doit en exister un certain nombre.

D'ailleurs, quoique remplaçant la preuve testimoniale, la preuve par présomptions n'en diffère pas moins d'une manière essentielle. Les présomptions, dit l'article 1349, sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu; c'est donc par induction qu'on conclut dans cette hypothèse, tandis que la preuve testimoniale porte directement sur le fait inconnu que l'on recherche. On comprend dès lors que, si ce fait est attesté par un témoin honorable et désintéressé qui

[1] L'appréciation de la valeur des présomptions étant entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, leur erreur sur ce point ne constitue qu'un mal jugé, et ne peut donner ouverture à cassation. — Toullier, x. 20 et 26; Duranton, XIII, 531 et 532; Larombière, v, art. 1353, nos 6 et 7; Laurent, XIX, no 638; Req. 27 avril 1830; 1er février 1832, Sir, 32, 1,139; 20 déc. 1832, Sir. 32, 1,344.

en affirme l'existence, le juge puisse l'admettre avec quelque sécurité. Au contraire, une induction isolée, quelque grave qu'elle soit, laisse toujours quelques nuages sur le fait qu'il s'agit d'éclaircir. Elle peut donc inspirer le plus souvent un doute sérieux, la conviction, jamais [1].

259. — De ce que la preuve par présomptions est une preuve par induction, il suit qu'elle sera plus ou moins concluante, selon que le fait dont on argumente sera plus ou moins certain, et les conséquences qu'on en tire plus ou moins justes. C'est donc en discutant chaque présomption qu'on parviendra à en déterminer le caractère et la gravité.

260. — Mais à cet égard, il y a une observation essentielle qu'on ne saurait perdre de vue. La loi n'exige pas que chaque présomption ait un caractère égal de gravité et de précision, c'est dans leur ensemble, c'est par leur faisceau qu'il convient de les apprécier. Si de leur masse résulte la condition que l'art. 1353 exige, c'est-à-dire un caractère grave, précis et concordant, on ne doit pas hésiter à les accueillir, encore bien que chacune d'elles, prise séparément, n'aurait pas une

* [1] L'opinion adoptée par M. Bédarride à été émise par Toullier (x, 20 à 22). Elle est susceptible de controverse. Plusieurs auteurs pensent que le nombre des présomptions est abandonné à l'appréciation du juge, qui peut baser sa décision sur une seule présomption lorsqu'elle lui paraît suffisante pour déterminer sa conviction. De même que les témoignages, disent-ils, les présomptions doivent se peser et non se compter. — En ce sens, Bonnier, 11, 817; Marcadé sur l'art. 1353; Larombière, v, sur l'art. 1353, n° 8; Aubry et Rau, VIII § 766, p. 359; Laurent, XIX, 636 et suiv.

signification bien précise. On sait en effet que des faits peu importants, isolés les uns des autres, peuvent, par leur réunion, devenir décisifs, c'est ce qui a toujours été admis en droit : *Quod licet quæ non prosunt singula multa juvant, itaque contra quæ non nocent singula multa nocent.*

C'est ainsi d'ailleurs que l'ont toujours admis les jurisconsultes les plus éminents. Pothier nous dit lui-même que les présomptions qui ne forment pas par elles-même une preuve, peuvent, par leur réunion, créer cette preuve, et, à l'appui de ses paroles, Pothier rappelle l'exemple donné par Papinien dans la loi 26, Dig. *De probat.* Une sœur était chargée envers son frère de la restitution d'un fidéicommis. Après la mort de ce frère, il s'agissait de savoir si ce fidéicommis était encore dû par la sœur à la succession du frère. Papinien décida qu'on devait présumer que le frère en avait fait remise à sa sœur; il tire cette présomption de trois circonstances : 1° de l'union entre le frère et la sœur; 2° de ce que le frère avait vécu longtemps sans demander ce fidéicommis; 3° de ce qu'on rapportait un très grand nombre de comptes faits entre le frère et la sœur, sur les affaires respectives qu'ils avaient ensemble, dans aucun desquels il n'y en avait pas la moindre mention. Chacune de ces circonstances, ajoute Pothier, prise séparément n'aurait fourni qu'une présomption simple, insuffisante pour faire décider que le défunt avait remis la dette, mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve suffisante de cette remise [1].

On ne serait donc pas fondé à conclure au rejet des

[1] *Des obligations,* n° 850.

présomptions de ce que, à leur examen particulier chacune d'elles n'a pas une gravité bien déterminée. L'art. 1353 n'exige pas que chaque présomption soit grave, précise et concordante. Il suffit que dans leur ensemble elles présentent ce caractère pour que les juges, se fondant sur leur existence, déclarent que le dol reproché a eu effectivement lieu et annulent par conséquent l'obligation.

Rappelons en terminant que la preuve par présomptions n'étant admissible que lorsque la preuve testimoniale le serait elle-même, les tribunaux ne pourraient y recourir lorsqu'ils ne pourraient ordonner celle-ci [1]. Il suit de là que le dol postérieur au contrat, sauf le cas où la simulation est convenue, ne pourrait être établi par présomptions.

* [1] Le jugement qui aurait admis la preuve indirecte hors de ces limites, encourrait la censure de la Cour de cassation — Merlin *Rép.* v°. Présomption, § 4, n° 1 ; Toullier, x, 20 et 21 ; Civ. cass., 1er mai 1815.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DOL.

SOMMAIRE.

261. Division.

261. — Le dol peut se glisser dans tous les actes de la vie humaine, soit qu'il ait pour objet de tromper celui avec qui on traite, soit qu'il ait pour but de pervertir la volonté d'un mourant et de lui arracher ainsi une spoliation injuste, soit enfin que, s'attachant aux choses les plus sacrées, il se soit proposé de corrompre le juge ou de lui soustraire les pièces essentielles qui doivent l'éclairer, ou de l'égarer par de faux documents.

Mais quelles qu'aient été les manœuvres et leurs résultats, la loi ne laisse nulle part le dol impuni. Elle donne les moyens de l'atteindre partout où il a osé se glisser. Mais ces moyens diffèrent selon la nature de l'acte et le préjudice qui en est résulté.

Nous allons, pour procéder avec méthode, rechercher quels sont ces moyens dans les cas les plus usuels, les plus ordinaires, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de dol dans

les traités. Nous examinerons ensuite, dans autant de sections séparées, les effets du dol dans les mariages, dans les testaments, dans les transactions, dans les jugements.

SECTION Ire

DOL DANS LES TRAITÉS. — SES EFFETS.

SOMMAIRE.

262. Matière de la section.
263. L'acte entaché de dol est nul si le dol réunit les conditions de la loi.
264. *Quid* lorsque le dol n'est qu'accidentel ?
265. Effet du dol substantiel indirect.
266. Ainsi le dol dans les traités produit ou l'action en rescision ou celle en dommages-intérêts.

262. — Nous comprenons sous le nom générique de traités tous les actes établissant entre parties contractantes des obligations et des droits. Les observations qui vont suivre s'appliquent donc aux ventes, échanges, louages, prêts, dépôts, cessions de droits corporels ou incorporels. L'effet du dol, dans chacun de ces contrats, est identique : Nous n'avions donc pas à examiner chacun d'eux dans sa spécialité, nous devions nous borner à constater le principe général qui les domine tous, et dont l'ap-

plication sera facilement faite à chaque espèce particulière.

263. — L'acte entaché de dol ne saurait recevoir aucune exécution. Il est nul aux termes de l'art. 1116 du Code civil à la double condition édictée par cet article, à savoir : 1° si les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties; 2° si elles ont été telles, que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

La réunion de ces deux circonstances constituant le dol substantiel et direct, l'acte qui en a été la conséquence n'a aucune autorité légitime. De quelque manière qu'il se soit produit, qu'il ait été positif ou négatif, ce dol atteint la convention dans son essence, lui fait perdre une de ses conditions indispensables et donne ouverture à une action tendant à l'infirmer. La victime a dès lors la faculté d'obtenir de la justice d'être relevée de ses engagements.

La rescision de l'acte est ici d'autant plus indispensable que le dol a été la cause unique du contrat. La justice veut donc que les parties soient remises au même état qu'avant cet acte qui, comme conséquence inévitable, doit dès lors disparaître.

264. — Telle n'est pas la position respective des parties lorsque le dol n'a atteint qu'une des circonstances accidentelles du contrat. Il est certain, dans cette hypothèse, que la pensée du traité ne peut être attribuée au dol. L'une des parties voulait accepter ce que l'autre lui proposait. L'une des deux conditions exigées par l'art. 1116 manque donc réellement.

De là cette conséquence que la loi ne considère plus l'acte comme nul, non pas certes qu'il faille en induire

que le législateur s'est montré indifférent à l'existence du dol accidentel. Le triomphe de manœuvres déloyales eût été immoral, une réparation est due. Mais on a voulu concilier ce que la partie lésée pouvait réclamer avec le maintien de l'acte. En conséquence, et tout en respectant celui-ci, une allocation de dommages-intérêts rétablira l'équilibre déloyalement rompu.

Ainsi, règle générale, le dol substantiel crée l'action en nullité ou rescision de l'acte; le dol accidentel, celle en dommages-intérêts. Mais cette règle n'est pas tellement absolue qu'on ne puisse jamais l'intervertir. Nous verrons au contraire que, dans certains cas de dol substantiel, l'action en dommages-intérêts est poursuivie accessoirement et cumulativement avec celle en rescision; que dans d'autres, elle forme l'objet principal de la demande, soit que celui qui a à se plaindre du dol juge cette réparation suffisante, soit enfin parce que la rescision de l'acte n'est plus possible, ou qu'elle ne puisse être prononcée sans de grands inconvénients; que, dans certaines espèces de dol accidentel, on peut demander la rescision de l'acte comme si la qualité sur laquelle le dol a été exercé est telle qu'on puisse présumer que la connaissance de la vérité sur ce point eût empêché l'existence du contrat. Une différence essentielle entre ces exceptions à la règle générale que nous venons d'indiquer, c'est que, lorsqu'il s'agit d'un dol substantiel, les tribunaux ne pourraient pas rejeter la demande de dommages-intérêts qui serait faite et rescinder d'office l'acte dont l'annulation ne serait pas réclamée, tandis que, lorsqu'il s'agit du dol accidentel, ils peuvent toujours repousser la nullité proposée et réparer le préjudice par une allocation de dommages-intérêts.

265. — Le dol indirect, substantiel ou accidentel, ne donne ordinairement lieu qu'à l'action en dommages-intérêts contre son auteur. Personne, en droit, n'est tenu du fait d'autrui. Dès lors, celui qui m'a été substitué dans une opération dont j'ai été écarté par le dol, ne peut ni être privé du bénéfice de l'opération, ni supporter le paiement d'une indemnité quelconque, sauf, bien entendu, le cas de complicité, dont la preuve est toujours à la charge du demandeur.

Il y a cependant une exception importante qu'il convient de rappeler. Le dol substantiel indirect détermine la rescision de l'acte, même contre le tiers, si celui-ci a traité à titre gratuit. Par exemple, vous me persuadez, par le moyen du dol, qu'une succession à laquelle je suis appelé est onéreuse, et vous parvenez, par vos manœuvres, à obtenir ma renonciation. En prouvant le dol, cause de ma détermination, je dois obtenir la nullité de cette renonciation, et cette nullité aura un effet direct contre l'héritier appelé à mon défaut, lequel sera tenu de me restituer l'hérédité et tous les fruits qu'il en aurait perçu. Il ne serait pas juste, en effet, qu'un autre profitât, même innocemment de ce qui m'a été déloyalement extorqué et s'enrichît des dépouilles qui n'ont jamais dû lui appartenir. Ce grand principe d'équité était écrit dans la loi romaine : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria, locupletiorem fieri*[1].

266. — Ainsi le dol produit ou l'action en nullité ou

[1] L. 306, *De reg. juris*.

rescision, ou l'action en dommages-intérêts. Quelle est l'étendue de l'une et de l'autre? C'est ce que nous allons examiner dans les paragraphes suivants.

---

§ Ier.

De l'Action en Nullité ou Rescision.

SOMMAIRE

267. Distinction entre la nullité de plein droit et la nullité par voie d'action. — Différence entre elles.
268. Différence dans leurs effets.
269. L'acte entaché de dol n'est pas nul de plein droit. — Il donne seulement lieu à l'action en nullité ou rescision.
270. Conséquences quant au maintien de l'acte et à son exécution provisoire.
271. A qui appartient l'action en nullité ou rescision.
272. Principe de l'action. — Conséquence dans le cas où l'acte dolosif préjudicie à l'auteur du dol.
273. L'action en nullité appartient aux héritiers et même aux créanciers de la partie autorisée à l'exercer.
274. Pourrait-on exciper contre les créanciers de la ratification tacite du débiteur.
275. La preuve du dol donne au poursuivant le droit exclusif de faire prononcer la résolution ou le maintien avec dommages-intérêts.
276. Cas dans lequel la rescision est impossible.
277. Effets de la rescision par rapport aux tiers détenteurs.
278. La revendication, justifiée dans son principe, produit des effets différents selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'une chose mobilière.

279. La bonne foi du possesseur du premier lui fait acquérir les fruits et revenus jusqu'au jour de la demande.
280. Exception pour le possesseur à titre gratuit par suite d'un dol indirect.
281. Droit du possesseur de bonne foi à la restitution des dépenses faites pour la conservation de la chose, et du prix des améliorations et dépenses utiles.
282. Prescription qu'il peut invoquer.
283. La revendication de choses mobilières présente plus de difficultés.
284. Controverses soulevées par la disposition de l'art. 2279 : En fait de meubles la possession vaut titre.
285. Doctrine du droit romain et de notre ancien droit sur la matière.
286. Innovation faite par le Code civil.
287. La prescription de trois ans, dont parle l'art. 2279, n'est applicable qu'aux choses volées ou perdues.
288. L'art. 2279 n'a donc rien d'équivoque. — La revendication n'est admissible que pour les choses volées ou perdues.
289. L'assimilation du dol au vol n'a pas été admise. — Arrêt de la Cour de Paris.
290. Critique que M. Chardon fait de cet arrêt.
291. Justification du système que cet arrêt consacre.
292. La Cour de cassation a même proscrit la revendication dans le cas d'escroquerie.
293. Cet arrêt, contraire à l'opinion de M. Troplong, nous paraît parfaitement juridique.
294. Le droit de revendiquer la chose mobilière contre le détenteur pourrait être exercé, s'il était prouvé que celui-ci a agi de mauvaise foi et par fraude.
295. Cette preuve naîtrait de la connaissance que le tiers aurait eue du dol.
296. La revendication des meubles ou droits incorporels n'est pas régie par l'art. 2279.
297. Conséquence.
298. Exceptions au droit de revendication.

299. Contre qui l'action en nullité ou rescision doit être intentée.

267. — Dans son acception la plus usuelle, la nullité s'entend d'un vice radical qui atteint l'acte dans son essence, le frappe dans toutes ses dispositions et l'empêche de produire aucun effet.

Dans le langage du droit, on a toujours distingué la nullité de plein droit, c'est-à-dire celle que la loi a expressément prononcée et qui résulte d'un vice apparent et réel ayant empêché l'acte de se former, de la nullité par voie d'action, c'est-à-dire celle que la loi autorise le magistrat à prononcer, vérification faite des circonstances dont on prétend la faire résulter. Cette dernière était appelée : en droit romain, *restitution en entier* ; dans notre ancien droit, *rescision*.

Différentes dans leurs causes, ces nullités étaient, sous l'une et l'autre de ces deux législations, soumises à un mode de poursuite bien distinct. En droit romain, la nullité de plein droit n'avait pas même besoin d'être prononcée, les parties pouvaient considérer l'acte comme n'ayant jamais existé, et revendiquer ce qu'elles avaient volontairement payé. La restitution en entier ne pouvait être poursuivie que sur une autorisation préalable du prêteur.

Dans notre ancien droit, on avait consacré le principe que nul ne pouvait se faire justice à lui-même ; en conséquence, la nullité de plein droit devait être prononcée par les tribunaux, mais chacun était libre de la provoquer directement, tandis qu'on ne pouvait se pourvoir en rescision qu'après l'obtention préalable de lettres de chancellerie.

Cet usage n'a été aboli que par la loi du 7 septembre 1790, qui décida que l'action en rescision serait intentée comme l'action en nullité. L'art. 1304 du Code civil a maintenu cette disposition, tout en élevant à dix ans les délais de la prescription pour l'une comme pour l'autre.

268. — Mais si elles ne diffèrent plus, quant à la forme et à la durée, ces deux actions n'ont pas cessé, à cause de la divergence de leur origine, de produire des effets bien distincts.

Ainsi l'acte radicalement nul n'a jamais pu se former, il n'a pas même l'apparence d'un contrat, n'est susceptible d'aucune exécution, alors même qu'il serait l'expression la plus sincère de la volonté des parties.

L'acte, simplement sujet à rescision, a toutes les apparences d'un contrat régulier, il est présumé sérieux et sincère jusqu'à la preuve du vice qui doit l'anéantir.

De là, ces conséquences :

1° La démonstration matérielle de la nullité radicale, ou soit de la violation d'une disposition de loi, soit quant à la forme, soit quant au fonds, entraîne inévitablement la chute de l'acte. Le juge n'a nullement à se préoccuper du plus ou moins de justice ou de convenance de ses dispositions. Il ne peut les maintenir, alors même qu'il les reconnaîtrait et qu'elles seraient réellement avantageuses à la partie poursuivant la nullité.

Au contraire, l'acte sujet à rescision est toujours soumis à l'appréciation des magistrats, et sa nullité peut être refusée, car on doit, en pareille matière, considérer moins le vice en lui-même que ses conséquences par rapport à l'intérêt des parties, et si, en définitive, le

vice démontré certain ne doit causer aucun préjudice réel à celui qui se plaint, l'acte doit être maintenu.

2° L'acte radicalement nul ne doit point être exécuté provisoirement, ce principe est d'une haute importance toutes les fois qu'il s'agit de statuer sur la possession des objets en litige pendant la durée du procès.

Les législations précédentes nous offrent sur ce point de doctrine une unanimité parfaite. Le droit romain ne reconnaissait aucun caractère à l'acte contre les dispositions duquel la violation de la loi protestait sans cesse, et décidait nettement qu'on ne devait, dans aucun cas, lui accorder une exécution quelconque : *Ea quæ lege fieri prohibentur, si facta fuerint, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur..... Certum est nec stipulationem hujus modi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti*[1].

Par application de ces principes, nos anciens jurisconsultes enseignaient que l'acte radicalement nul ne pouvait être considéré que comme un fait incapable de créer aucun droit, aucune action. C'est ainsi que d'Argentré le qualifie : *Actus meri facti, sine ullo juris effectu, ne nomine quidem contractus digni.* De là cette règle qu'il valait mieux ne produire aucune titre que d'en montrer un de ce genre : *Melius est non ostendere titulum quam ostendere vitiosum.*

Il n'en est pas de même de l'acte sujet à rescision, sa légalité apparente en commande le respect. L'équité et la justice exigent qu'il produise son effet, tant qu'on n'a pas justifié le vice dont on le prétend infecté. Il doit donc être provisoirement exécuté. Lui refuser cette exé-

[1] L. 5, Cod., *De leg.*

cution pendant procès, ce serait s'exposer à blesser des droits légitimes que la décision judiciaire consacrera peut-être; ce serait, dans tous les cas, créer un préjugé dangereux que rien ne justifie.

C'est au reste ce que la doctrine et la jurisprudence ont de tous temps admis. « Tout acte qui n'est pas » radicalement nul, suivant les lois du royaume, c'est-» à-dire dont la nullité n'est pas prononcée par les lois, » subsiste, nonobstant l'action rescisoire, jusqu'à ce » qu'elle soit jugée définitivement et sans appel. La » provision est pour le titre, il doit avoir son exécution » jusqu'après la sentence définitive. L'équité et le point » de droit se réunissent au maintien de cette vérité[1] ».

269. — Notre sujet se restreignant à la nullité édictée par l'art 1116 du Code civil, nous n'avons pas à pénétrer plus avant dans la théorie des nullités. Nous devions cependant rappeler les principes généraux qui précèdent, pour apprécier plus sûrement la nature et les effets immédiats de l'action en rescision pour dol.

La nullité qui en est le mobile et l'objet, ne pouvait être rangée dans la catégorie des nullités radicales. Pothier nous l'a dit lui-même : Un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être un consentement. D'autre part, l'acte est régulier en la forme, et cette double apparence indiquait quel devait être l'effet de l'attaque dirigée contre ses dispositions.

On ne pouvait donc qu'attendre le résultat de cette attaque et l'issue du débat contradictoire qu'elle allait

[1] Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tom. VIII, p. 75; — Voy. aussi d'Argentré, sur l'art 383, *Ancienne coutume de Bretagne* : — Loisel *Inst. cout;* loi 3, tit, 5, n° 9.

soulever. La loi défend sans doute le dol, mais elle ne le prohibe que lorsqu'il lui est démontré qu'il existe réellement, on ne pouvait donc argumenter de l'art. 1116, pour prétendre à la nullité radicale de l'acte.

Au reste, le législateur n'a voulu laisser aucun doute, et l'art. 1119 dispose que la convention contractée par dol n'est point nulle de plein droit, elle donne seulemeut lieu à une action en nullité ou rescision.

270. — En réalité donc, la nullité résultant du dol se place dans les rangs des nullités par voie d'action, dès lors, et en vertu des principes que nous rappelions tout à l'heure, il faut conclure :

1° Que les tribunaux peuvent maintenir l'acte, alors même qu'ils reconnaîtraient le dol comme certain, si d'ailleurs celui qui se plaint ne peut en éprouver aucun préjudice. En conséquence, celui qui veut obtenir la nullité devra prouver autre chose que le dol lui-même, *consilium fraudis*, il lui faudra en outre justifier la réalité du préjudice, *eventus damni*;

2° Que l'acte attaqué doit être provisoirement exécuté sans caution, s'il est authentique; avec ou sans caution, s'il est sous seing privé. Dans ce dernier cas même, on doit être fort sobre de l'obligation du cautionnement et ne l'ordonner que dans de très rares circonstances. Les magistrats ne doivent jamais perdre de vue que le titre se suffit à lui-même, et que tant que l'allégation qui lui est opposée n'est pas justifiée, elle ne saurait ni prévaloir sur l'apparence du titre, ni infirmer la foi qui lui est due.

Cette solution est surtout bonne à retenir lorsqu'un testament étant argué de captation, il y a lieu de régler à qui du légataire universel ou des héritiers du sang, on doit

confier l'administration des bien meubles ou immeubles composant la succession. Les principes que nous venons d'exposer suffisent pour indiquer que leur possession, et conséquemment leur administration, appartient évidemment au légataire, tant que la preuve de la captation, dolosive n'est pas établie.

271. — L'action en nullité est ouverte en faveur de celui qui se plaint d'un dol substantiel. La certitude que, sans la perpétration du dol, le contrat n'eût pas existé, entraîne la nécessité d'annuler le contrat, afin que chaque partie soit remise au même état qu'avant le dol.

En général, le respect dû à l'acte volontairement souscrit fait refuser l'action en nullité à celui qui n'a éprouvé qu'un dol accidentel. Mais si la qualité de la chose sur laquelle le dol s'est exercé a dû paraître à celui qui se plaint, tellement essentielle qu'on puisse supposer qu'en son absence il n'eût pas contracté, il serait par trop rigoureux de lui refuser cette action. Il est évident, en effet, comme nous l'avons déjà dit [1], que, dans cette hypothèse, il s'agit d'un dol ayant déterminé le contrat, car il est vrai que sans son emploi ce contrat n'eût pas existé.

272. — Le principe de l'action en nullité ou rescision est, d'une part, la réparation de l'atteinte que celui qui en a été l'objet a éprouvée dans sa fortune ; de l'autre, la peine due à celui qui s'est livré à un acte immoral et inique. Il suit de ce double caractère que l'action n'appartient qu'à celui qui a un préjudice à éprouver ou à craindre, et contre qui les manœuvres ont été dirigées.

[1] Chapitre. I, sect. II, § I, nos 74 et suiv.

Dès lors, si par des circonstances fortuites et imprévues l'acte entaché de dol, l'acte qui devait, par conséquent, être nuisible, devient avantageux à la partie restée étrangère au dol et cause à l'auteur de ce dol un préjudice grave, celui-ci ne pourrait en demander la rescision. Cette solution reçoit la double consécration des principes du droit et de la morale.

En droit, les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par ceux en faveur de qui elles ont été créées. Or, celle de l'art. 1116 est évidement dans cette catégorie, car elle n'a pour objet que la réparation du préjudice souffert par l'une des parties sans qu'elle ait pu soupçonner les manœuvres ni s'en défendre.

Que si la partie, dans cette position et après la connaissance du dol refuse de s'en prévaloir, l'acte devient la loi irrévocable pour tous. L'exécution accordée par celui qui pouvait l'attaquer, ce que nul ne peut le contraindre à faire, purge à tout jamais la convention du vice dont elle était entachée.

Aux yeux de la morale, l'idée d'un préjudice souffert par l'acte qui devait, qui était destiné à en causer un à autrui, n'a rien de répugnant. Tout l'intérêt, en pareille matière, est pour celui qui, déloyalement trompé, a souscrit un acte des conséquences fâcheuses duquel on doit le garantir. Mais on ne pouvait songer à protéger celui qui, ayant cherché dans le dol des ressources coupables, a vu tourner contre lui-même le mal qu'il voulait faire. Pour lui, d'ailleurs, l'acte a été spontané et libre, il doit donc l'exécuter tel qu'il l'a voulu, tel qu'il l'a fait. Sa plainte, fondée sur sa propre turpitude, ne mérite pas même d'être écoutée.

273. — Ainsi, l'action en rescision n'appartient qu'à celle des parties qui a été ou dû être circonvenue par le dol. Mais elle ne lui est pas tellement personnelle qu'un autre que lui ne puisse en son nom l'exercer et la faire valoir. Elle passe, en conséquence, à ses héritiers dans le cas de l'utiliser dans les délais de l'article 1304. La demande de ces héritiers ne pourrait être écartée, par le silence gardé par leur auteur, que dans le cas où on aurait pu l'opposer à cet auteur lui-même, c'est-à-dire si ce silence avait été accompagné de faits et de ciconstances de nature à constituer la ratification tacite ou expresse, telle qu'elle est déterminée par l'art. 1328 du Code civil.

Du vivant même de la partie, l'action peut être intentée par ses créanciers sous un double rapport : d'abord comme exerçant les actions de leur débiteur, aux termes de l'art. 1166 du Code civil, ensuite en vertu du principe consacré par l'art. 1167. L'inaction du débiteur, en présence d'un dol certain, pourrait fort bien n'être que le résultat d'une collusion frauduleuse pour grever les créanciers des conséquences d'un acte onéreux et contraire à leurs intérêts.

274. — Pourrait-on exciper contre les créanciers des actes d'exécution ou de la ratification tacite du débiteur ? Il est certain que si les créanciers agissent dans le cas prévu par l'art. 1167, les actes d'exécution ou la ratification ne pourraient leur être opposés. On ne verrait dans ces divers actes que l'exécution d'une fraude concertée et dont l'existence a précisément donné ouverture à l'action. En effet, que la fraude résulte de l'acte dolosif, qu'elle résulte du silence gardé par le débiteur, tout ce qui a été

fait pour le maintien de l'acte n'a et ne peut avoir pour objet que de le faire sortir à effet ; et ce qu'on ne peut faire directement ne saurait être fait d'une manière indirecte.

Si l'action des créanciers est celle autorisée par l'article 1166, il est bien évident qu'ils seront passibles des exceptions qu'on pourrait opposer au débiteur lui-même. En conséquence, la ratification qui lierait celui-ci les lierait eux-mêmes, à moins qu'ils n'attaquent de leur chef cette ratification comme faite en fraude de leurs droits. Mais dans ce cas, comme dans le précédent, la preuve de la fraude est à leur charge, et faute par eux de la fournir, tout comme si l'acte constituant la ratification s'était réalisé de bonne foi et en temps non suspect, l'acte attaqué devrait être maintenu.

275. — Quel que soit le poursuivant, si la preuve des faits articulés était rapportée et si ces faits établissaient le dol, la demande devrait être accueillie. La justice aurait donc soit à rescinder l'acte, soit à accorder les dommages-intérêts réclamés.

Remarquons, en effet, que, même pour le dol substantiel, la partie plaignante est libre de s'en tenir à l'acte et de réclamer une réparation pécuniaire. Le défendeur ne serait recevable ni à contester celle-ci, ni à s'en exonérer en demandant de son chef la rescision de l'acte. La partie lésée ayant seule action est, sans contredit, le meilleur juge du mode de réparation le plus convenable à ses intérêts. Elle peut donc choisir celui des deux auquel elle croit devoir s'arrêter, et ce choix est obligatoire pour la justice comme pour son adversaire.

Permettre à celui-ci d'imposer de son chef la rescision

de l'acte, lorsqu'on lui demande des dommages-intérêts, c'était, dans bien des cas, s'exposer à rendre toute réparation impossible. La rescision peut être impraticable dans telle hypothèse, nuisible dans telle autre. Or, ce sera précisément dans les unes et les autres que le défendeur insistera plus vivement sur une rescision qui serait pour lui le gain du procès.

Par exemple, des matériaux ont été employés, des substances ont été mélangées avec d'autres; on s'aperçoit ensuite de leur mauvaise qualité, et l'on découvre la ruse en faveur de laquelle le marchand a su fasciner les yeux de l'acheteur. Cependant, celui-ci ne pouvant les représenter en nature, la vente qui lui en a été faite ne pourrait être résiliée [1].

Ou bien, supposez un individu ayant acquis une propriété qu'il est venu habiter avec sa famille. Il s'aperçoit ensuite qu'il a été trompé et découvre comment il l'a été. Il regrette d'avoir fait une acquisition qu'il n'eût certainement pas faite s'il avait connu la vérité. Mais il a quitté son ancienne résidence, pris de nouvelles habitudes, et, pour payer le prix, fait dans sa fortune des virements sur lesquels il ne peut revenir [2].

Evidemment, dans l'un et l'autre cas, la rescision de l'acte ajouterait un préjudice grave à celui que le dol a fait éprouver. Il est donc certain qu'on préférera s'en tenir à une allocation de dommages-intérêts. On comprend, dès lors, pourquoi la loi a ouvert une double action et comment elle a cru devoir refuser au débiteur la faculté d'offrir l'une lorsqu'il se trouve sous le coup de l'autre.

Le débiteur serait-il fondé à se plaindre de cette déter-

[1] Chardon, *Du dol*, tom. 1, n° 24, pag. 41.
[2] Chardon, *Du dol*, t. 1, n° 25.

mination? Quel grief réel lui cause-t-on en lui imposant le mode de réparation poursuivi par celui qu'il a trompé? C'est par son fait personnel qu'est née la nécessité d'une réparation quelconque, et l'on ne saurait hésiter entre celui qui a trompé et celui qui souffre. Sans doute la rescision est le remède le plus héroïque, mais encore faut-il qu'elle entre dans les convenances de celui qui a le droit de s'en prévaloir; et si, sur l'opinion du contraire, il se borne à demander une réparation pécuniaire, l'intérêt opposé de celui qui est tenu de la fournir n'est, aux yeux de la morale et de la justice, ni une considération, ni un motif de refus. C'est à celui qui craint ce résultat à s'abstenir de se livrer à des actes pouvant le déterminer.

276. — Il est une hypothèse où la rescision est légalement impossible, lorsqu'il s'est agi, par exemple, d'un transfert de rentes sur l'Etat. La rescision prononcée par justice serait insuffisante pour opérer la restitution et faire rentrer ces rentes dans la possession du propriétatre qui en a été spolié. Le décret du 8 nivôse an VI déclarant irrecevable toute opposition au paiement du créancier titulaire, la rétrocession ordonnée par justice ne pourrait produire aucun effet, à moins d'être volontairement consentie et réalisée par ce titulaire même. On devrait donc l'y contraindre par une condamnation pécuniaire, engageant sa fortune, sa liberté même.

277. — Dans les cas ordinaires, l'effet de la rescision du contrat est de faire rentrer celui qui l'a obtenue dans la propriété et la possession de tous les objets aliénés par ce contrat. Meubles et immeubles, créances, droits incorporels lui font retour, et ce retour s'opère immédiatement

si ces objets se trouvent encore dans les mains de l'auteur du dol. Dans le cas contraire, il a le droit de les revendiquer contre le tiers détenteur ; mais ce droit est soumis à des restrictions, suivant la nature de la chose qui doit en motiver l'exercice.

En principe, la faculté de revendiquer repose sur cette vérité incontestable : que nul ne peut être dépouillé de sa propriété que de son libre consentement. Le respect pour la propriété est une des colonnes de l'ordre social, et l'on ne saurait en méconnaître l'importance sans tomber dans de graves dangers. Celui-là donc qui, par un dol, a subi une atteinte dans sa propriété, doit voir cette atteinte effacée et sa fortune rétablie dans le même état qu'auparavant. La rescision n'a pas d'autre but : *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque integrum suum jus recipiat* [1].

Or, cet expédient d'équité et de justice serait souvent impraticable, si l'auteur du dol ayant transmis à un tiers l'objet qu'il a extorqué, la partie lésée ne pouvait le réclamer contre ce tiers. Il est facile de prévoir en effet que celui qui n'a, à la propriété d'une chose, que les droits acquis par le dol, s'empressera de la réaliser pour échapper à la nécessité de la rendre, laissant ainsi le véritable propriétaire en présence d'une insolvabilité certaine, et d'un tiers ne pouvant être attaqué.

Le préjudice causé par le dol eût donc été définitivement consommé. L'instance même que sa découverte nécessite eût produit pour résultat unique une aggravation de préjudice. L'admission de la revendication pouvait seule remédier à d'aussi injustes éventualités.

[1] L. 24, Dig. *De minoribus.*

C'est là sans doute un devoir rigoureux contre le tiers obligé de restituer une chose qu'il a acquise et payée. Mais il est facile de se convaincre qu'on n'a fait dans cette circonstance qu'appliquer des principes élémentaires, et notamment celui qui régit la vente de la chose d'autrui.

En effet, que celui qui a perdu sa propriété par un dol véritable, ait été injustement dépouillé, c'est ce qui ne peut être ni contestable, ni contesté ; c'est ce qui résulte d'ailleurs invinciblement du jugement qui constate le dol et le réprime. Ce jugement purge le demandeur du reproche d'imprudence. Nous l'avons déjà dit, le dol ne saurait exister si sa réussite est imputable à l'imprudence de celui qui s'en plaint. La constatation judiciaire de l'une est exclusive de l'existence de l'autre.

Les droits du possesseur intermédiaire reposent donc sur une coupable usurpation, d'où la conséquence qu'en les transmettant, il ne peut les purger du vice qui les entache. Le tiers qui les a reçus, ne peut les posséder que comme son auteur les possédait lui-même. En réalité donc, il n'y a chez l'un et chez l'autre ni titre sérieux ni droit légitime.

Malgré son titre apparent, l'auteur du dol vend donc la chose qui ne lui appartient pas, qu'il sait ne pas lui appartenir. Celui qui acquiert de lui achète réellement à *non domino*. Or, aux termes de l'art. 1599 du Code civil, une pareille acquisition est incapable de produire aucun effet.

Cet article, d'ailleurs, n'est pas le seul qui proteste contre les tiers, en faveur des droits afférants à celui qui a été injustement dépouillé de sa propriété. L'art. 2125 du Code civil, dispose que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble à

certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision; à plus forte raison ne peuvent-ils aliéner sans que la vente par eux consentie soit soumise aux mêmes éventualités. Le tiers qui achète ne peut donc se plaindre d'avoir ignoré le péril auquel il succombe; le dol, en effet, est une cause de rescision contre tous les contrats, et lorsque par application de cette règle, la propriété qu'il avait acquise et payée lui échappe, il peut bien regretter de n'avoir pas assez vérifié l'origine des droits de son vendeur, mais il doit en définitive subir la rigueur d'un principe écrit dans la loi, et conséquemment obligatoire pour tous, car il est en faveur de tous : *Spoliatus, ante omnia restituendus* [1].

278. — Ainsi, dans son principe, le droit de revendication se justifie parfaitement. Dans ses effets, il convient de distinguer la nature de l'objet revendiqué. Ils sont en effet très différents, selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble.

279. — Aucune difficulté ne saurait exister pour ce qui concerne les immeubles. Le jugement qui ordonne la rescision est commun, exécutoire contre tous les tiers détenteurs, obligés dès lors à restituer, alors même qu'ils auraient agi de très bonne foi.

Toutefois, cette bonne foi n'est pas stérile en leur fa-

* [1] Voy. Sur les effets des actions en nullité ou en rescision, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, auxquels des droits réels et même des droits personnels de jouissance ont été transmis, Merlin, *Rép.* v° Rescision, n° 4; Toullier, VII, 543,549 et 550; Duranton, XII, 561, 554-567; Larombière, IV, art. 1312, n° 1.

veur. Elle produit des conséquences importantes pour les fruits et revenus de l'immeuble. L'obligation de les rendre ne s'applique qu'à ceux perçus depuis la demande en rescision. Pour ceux qui l'ont été précédemment, tel est l'effet de la bonne foi, que le vice du titre disparaît, et que le possesseur est censé les avoir légitimement recueillis : *Bona fides tantumdem præstat possidenti quantum veritas* [1]. Ce principe est reproduit et consacré par l'art. 549 de notre Code.

280. — Ce principe reçoit exception dans le cas où, par suite d'un dol indirect, un individu a recueilli, à titre gratuit, le bénéfice d'une disposition légale ou conventionnelle. Dans ce cas, comme il n'est pas permis de s'enrichir *ex detrimento et injuria alterius*, l'obligation de restituer comprend tout ce qui a réellement profité à celui que le dol avait appelé.

281. — Dans tous les cas, le possesseur de bonne foi a le droit de réclamer, contre le revendiquant, toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose, et le prix des améliorations et dépenses utiles. Il doit obtenir contre son vendeur, auteur du dol, le remboursement des dépenses voluptuaires et d'agrément. Ce principe, édicté par l'art. 1635 du Code civil contre celui qui vend sciemment la chose d'autrui, s'applique évidemment au vendeur de la chose obtenue par le dol.

282. — Enfin, le possesseur de bonne foi prescrit contre le véritable propriétaire par le délai de dix ans,

[1] L. 136, Dig. *De reg. juris.*

du moment de son acquisition. Conséquemment, si le dol n'est découvert que postérieurement à ces dix ans, ou si ce laps de temps est accompli au moment de la mise en cause du tiers possesseur, toute revendication est impossible [1].

283. — La revendication des choses mobilières présente beaucoup plus de difficultés. Le possesseur d'un meuble corporel n'est pas tenu d'en justifier la propriété, ni de rechercher à quel titre son vendeur en a la possession. L'art. 2279 du Code civil voit dans cette possession un titre légitime. L'acquéreur peut donc se prévaloir de cette disposition, non-seulement en ce qui le concerne, mais encore pour soutenir que celui qui lui a vendu l'objet revendiqué en était bien le propriétaire.

284. — L'article 2279 paraît ne renfermer que des dispositions fort simples. En réalité, cependant, il est peu de textes qui aient donné lieu à plus de controverses. Mais, sans entrer dans un examen minutieux des diverses opinions qui se sont produites, il nous paraît facile de déterminer comment on doit l'appliquer à la matière qui nous occupe [2].

* [1] Voy. Aubry et Rau, II, § 218, p. 388; Troplong, II, 850-852.

* [2] Sur la question de savoir si, pour être recevable à invoquer la maxime *En fait de meubles possession vaut titre,* il faut être possesseur de bonne foi, *Voy.* Aubry et Rau, II, § 183, p. 116, note 29, et les autorités en sens contraire qu'ils citent. — En principe, disent MM. Aubry et Rau, l'action en revendication n'est pas admissible, même contre un possesseur de mauvaise foi; mais cela n'empêche pas que sa mauvaise foi ne puisse donner ouverture contre lui à une action en restitution fondée sur les art. 1382 et 1383.

285. — Il est certain que le droit romain distinguait la propriété des meubles corporels de leur possession. L'une n'était acquisitive de l'autre que si elle s'était continuée pendant un délai d'un an d'abord, et que Justinien porta ensuite à trois ans [1]. Le possesseur troublé pouvait intenter l'action possessoire. C'est ce que décidait l'interdit *utrubi*.

Notre ancien droit, tout en refusant l'action possessoire, s'était conformé au droit romain sur la possession en matière de meubles. En Provence, ainsi que dans un grand nombre de pays coutumiers, le détenteur d'un objet mobilier n'en avait acquis la propriété que s'il l'avait possédé paisiblement et publiquement pendant l'espace de trois ans.

286. — Or, en rapprochant de ces principes la disposition de l'art. 2279, il est impossible de se dissimuler la différence énorme que celle-ci a introduite dans cette partie de notre législation. A l'avenir la simple possession, au moment où le meuble est livré, constitue pour son détenteur un titre légitime de propriété. Celui-là donc qui l'a reçu de ce possesseur est censé l'avoir reçu du seul et véritable propriétaire. Cette présomption n'est nullement affaiblie par cette circonstance que le vendeur ne l'aurait possédé que depuis un temps plus ou moins long. L'importance de ce caractère a disparu avec la législation qui en faisait dépendre la propriété. C'est ce qui nous est notamment enseigné par l'exposé des motifs de l'art. 2279.

287. — Il est vrai qu'il est question dans cet article

[1] *Inst*, lib. 3, tit. 6, *De usucap*.

d'une prescription de trois ans. Mais cette prescription s'applique uniquement à la revendication des choses volées ou perdues, à l'égard desquelles on admet une exception à la règle, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et cette prescription de l'action est elle-même une innovation à la précédente législation. Sous son empire, en effet, ainsi que l'atteste Pothier, la chose volée ou perdue, *res furtiva*, pouvait toujours être revendiquée. Ce droit était considéré comme imprescritible[1].

288. — On ne saurait donc équivoquer sur le sens de l'art. 2279. En fait de meubles corporels la possession prouve la propriété, et cette présomption, si elle peut être modifiée du possesseur actuel à celui qui lui a remis la chose, par le titre qui justifie le véritable caractère de cette remise, reste, par rapport aux tiers, une présomption *juris et de jure*, n'admettant la preuve contraire que dans l'une des deux hypothèses, de perte ou de vol.

N'était-ce pas là d'ailleurs ce que la raison et la justice exigeaient? Le transfert des meubles corporels s'opère sans que la négociation laisse la moindre trace. Dans la plupart des cas, l'acquéreur reçoit et paie, et, lorsqu'il revendra à son tour, nul n'aura l'idée de lui demander l'exhibition de son titre de propriété. Sans doute que pour les meubles, comme pour les immeubles, celui qui a été dépouillé par le dol est injustement dépossédé, et que lui refuser pour les uns ce qu'on lui accorde pour les autres, c'était s'exposer à être taxé d'inconséquence. Mais l'intérêt public ne permettait pas d'agir autrement. On ne pouvait, en effet, laisser, pendant un temps plus ou

[1] Voy. Troplong, *Des Prescript.*, art. 2279.

moins long, la propriété des meubles en suspens, sans s'exposer à jeter le plus grand trouble dans les transactions les plus usuelles, sans revenir sur une foule d'opérations, enfin sans encourager, comme le disait l'orateur du gouvernement, ces procédures sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets en litige.

Ainsi la revendication d'un meuble corporel ne peut être exercée que dans les deux cas exceptionnels prévus par l'art. 2279, à savoir : celui de perte, celui de vol.

289. — On a voulu cependant soutenir qu'on devait l'autoriser en cas de dol, en assimilant celui-ci au vol. Mais ce système d'assimilation, que l'on appliquait à l'abus de confiance, à la violation du dépôt, n'a pas été consacré par la jurisprudence. Ainsi la Cour d'appel de Paris a jugé, le 5 avril 1813, que le propriétaire d'objets vendus par un dépositaire infidèle n'avait pas le droit de les revendiquer contre un tiers acquéreur.

290. — M. Chardon critique cet arrêt : « Ainsi, dit-il, une chose ne pourrait être revendiquée qu'autant qu'elle aurait été dérobée par un vol qualifié tel par le Code pénal ; et toutes celles soustraites à leurs maîtres par de simples larcins, filouteries, escroqueries, abus de confiance et manœuvres frauduleuses seraient irrévocablement perdues pour eux ! Cela est inadmissible, les rédacteurs du Code n'envisageant le vol que dans l'intérêt des personnes qui l'éprouvent, ont dû se borner à un terme générique qui comprend toutes les espèces, il suffit donc que la chose qui a été vendue soit arrivée entre les mains du vendeur par un moyen illégitime, pour qu'il y

ait vente de la chose d'autrui, conséquemment vente nulle, et droit de revendiquer [1] ».

291. — Cette opinion de M. Chardon est plutôt équitable que juridique. Elle a d'ailleurs le tort de méconnaître le motif qui a fait autoriser la revendication pour les choses volées ou perdues. Ce qui, dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, a préoccupé le législateur, c'est que, dans chacune d'elles, la chose est sortie de la possession du propriétaire, non-seulement sans son consentement, mais encore à son insu et par une véritable force majeure qu'il ne lui a été donné ni de prévoir ni d'empêcher.

Sans doute, il ne faut pas que ce fait soit le résultat d'un vol qualifié. De quelque manière qu'il se soit réalisé, il suffit qu'il présente le caractère que nous venons d'indiquer pour que la revendication puisse être exercée. Le larcin, la filouterie, quoique différents quant à la pénalité du vol qualifié, ne sont pas moins de véritables vols. L'un et l'autre renferment la *contrectatio fraudulosa* de la chose d'autrui, et, à ce titre, ils rentrent dans le terme générique employé par l'art. 2279.

Mais, peut-on assimiler aux larcins, à la filouterie, l'abus de confiance, la violation d'un dépôt, l'escroquerie, le dol? Non évidemment, car dans les deux premiers il y a eu remise spontanée et libre des objets entre les mains de celui qui a abusé de la confiance, violé le dépôt. Il y a donc faute ou tout au moins imprudence de la part de celui qui a fait un choix aussi déplorable, aussi mal justifié.

[1] *Du dol*, tom. 1, n° 41, pag. 60.

Il est évident, cependant, que sans cette imprudente confiance les objets qui en ont été la matière ne seraient pas arrivés entre les mains de celui qui les a vendus. Si donc quelqu'un doit supporter les conséquences de l'abus de confiance ou de la violation du dépôt, c'est celui qui a mal choisi ses représentants, et nullement le tiers acquéreur, ayant traité sous la foi d'une possession certaine et dont la loi ne l'obligeait pas de rechercher la cause ou l'origine. Tout ce qu'il savait, c'est que la possession vaut titre, et, s'il a agi de bonne foi et sans fraude, il ne pourrait sans injustice être dépouillé de la chose qu'il a acquise et payée.

Le fait de la remise des objets par le propriétaire, entre les mains du vendeur est donc capital. Or, c'est ce qui se réalise dans le cas d'escroquerie ou de dol. Sans doute, dans ces cas, la volonté du propriétaire est viciée par des manœuvres coupables, mais le fait matériel existe, et cette matérialité devait suffire en regard des tiers. Supposez, en effet, qu'à l'aide d'une véritable escroquerie un individu soit parvenu à se faire délivrer une partie de marchandises. Cette délivrance est constatée par une facture régulière. Quel tort pourrait-on inférer à celui qui, sur le vu de cette facture, aurait à son tour acheté cette marchandise ? N'est-ce pas là l'histoire du commerce ? Et l'on voudrait cependant l'obliger à restituer alors que, postérieurement à son achat, le premier propriétaire aurait fait judiciairement constater l'escroquerie ? Nous n'hésitons pas à le dire, il n'y aurait dans ce système ni équité ni justice.

292. — C'est ce que la Cour suprême a aussi pensé. Dans une espèce où l'escroquerie avait été prouvée, la

revendication contre le tiers avait été consacrée par arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 13 janvier 1834. Mais cet arrêt étant devenu l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation ne crut pas devoir le maintenir. La cassation en fut donc prononcée par les motifs suivants :

« Attendu que l'art. 2279, après avoir établi qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ajoute seulement que dans le cas où la chose aura été perdue ou volée, il y aura lieu à revendication ;

» Attendu que les exceptions sont de droit strict et que leur application doit être renfermée dans le sens rigoureux des termes employés par le législateur ;

» Attendu que le vol ne peut être confondu avec l'escroquerie, vu qu'en fait d'escroquerie l'individu a suivi la foi de celui qui l'a trompé, et qu'il lui a donné, par la vente qu'il lui a faite, un titre indépendamment de la possession; qu'il n'en est pas de même de la chose volée à l'égard de laquelle il n'y a eu ni vente, ni remise volontaire, et qui, au contraire, a été prise par une voie de fait quelconque » [1].

293. — Cet arrêt, contraire à l'opinion de M. Troplong [2], nous paraît irréprochable en doctrine et renfermer une exacte appréciation des motifs qui ont introduit l'art. 2279 dans notre législation. D'une part, la revendication des meubles était contraire à l'intérêt public, car elle pouvait entraîner dans les transactions commerciales une immense confusion; de l'autre, on ne

[1] *J. du P.*; Cass., 20 mai 1835.

NOTA. Par une erreur singulière, le sommaire précédant cet arrêt indique une solution diamétralement contraire à celle de l'arrêt.

[2] *Des prescriptions*, tom. II, n° 1069.

pouvait, sans crainte d'encourager le vol, consacrer la spoliation qui en a été la conséquence.

Placé entre deux dangers de ce genre, le législateur devait s'arrêter à un moyen terme conciliant les intérêts divers qu'il s'agissait de régler. Or, ce moyen terme, signalé par le texte même, est bien celui relevé par la Cour de cassation. S'agit-il d'une chose enlevée par une véritable voie de fait, sans la participation et le concours du propriétaire, on pourra la revendiquer; au contraire l'enlèvement dont on se plaint s'est-il réalisé au vu et au su du propriétaire, avec son autorisation, toute revendication est impossible, quelque vicieux qu'ait été le consentement donné.

Ce consentement, en effet, dont le tiers n'a pas eu à vérifier les caractères, deviendrait cependant la cause du préjudice que la revendication lui ferait éprouver. Cela suffit pour que l'auteur de ce consentement soit non recevable à faire supporter les conséquences de sa faute, de son imprudence, de son malheur même, à celui qui reste irréprochable à son endroit.

D'ailleurs, il est impossible, en matière d'exceptions, de raisonner par analogie, par assimilation. Dans l'espèce où s'arrêterait-on? Après l'escroquerie viendrait le dol, après le dol la fraude, car si dans l'escroquerie il n'y a pas eu consentement sérieux, il n'y en a pas eu davantage dans le dol et la fraude. Ainsi, d'assimilation en assimilation, la règle prescrite par l'art. 2279, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, succomberait infailliblement sous de nombreuses exceptions [1].

[1] Il est généralement admis que celui qui a été privé d'une chose mobilière par la violation de dépôt ou par l'abus de confiance, n'a pas l'action en revendication contre le tiers possesseur de cette chose.

294. — Ainsi, le droit de revendiquer ne naît point de l'escroquerie. A plus forte raison en est-il ainsi pour le dol, qui n'est qu'une espèce d'escroquerie moins grave [1]. Celui qui en a été victime n'a donc action que contre celui qui l'a trompé pour la restitution de la chose enlevée, si elle existe encore dans ses mains; pour le faire condamner, si elle est revendue, à lui en payer la valeur. Il ne pourrait mettre en cause le tiers que s'il prétendait que la revente a été acceptée par celui-ci de mauvaise foi et par fraude. Mais la charge de prouver l'une et l'autre lui serait dans tous les cas imposée.

295. — Cette preuve pourrait résulter de la connaissance que le tiers aurait eu de la manière dont la chose était parvenue aux mains de son vendeur. Une pareille connaissance serait exclusive de toute bonne foi, et permettrait de ne voir dans la vente ainsi acceptée qu'un con-

Merlin, *Rép.* v° Revendication, § 1, n° 6; *Quest. de dr., eod.* v° § 1; Duranton, xv, 286; Troplong, *prescription*, 11,1070; Aubry et Rau, 11, § 183, p. 110; Civ. rej., 22 juin 1858, Sir. 58,1,591; Req. 23 déc. 1863, Sir. 65,1,187.

Mais la question est plus controversée, quant à l'escroquerie. Les Cours de Paris (13 janv. 1834, Sir. 34,2,91) de Dijon (28 nov. 1856, Sir. 57, 2, 223), de Bordeaux (3 janv. 1859, Sir. 59, 2, 452) ont suivi l'opinion émise par Troplong, 11,1069. Les Cours de Paris (21 nov. 1835, Sir. 36, 2, 18), de Rouen (10 mars 1836, Sir. 36, 2, 193) ont, au contraire, adopté le principe consacré par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1835, cité par M. Bédarride. MM. Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 5, Aubry et Rau, II, § 183, p. 110, enseignent la même doctrine, en considérant que le dessaisissement a été volontaire dans le cas d'escroquerie, aussi bien que dans le cas d'abus de confiance ou de violation de dépôt.

Nous pensons que cette opinion est la plus exacte, et que la même doctrine, ainsi que le dit M. Bédarride, doit être appliquée au cas de dol.

*[1] Voyez la note précédente.

cert pour consommer le dol et pour mettre son auteur à l'abri de la réparation à laquelle il est tenu.

C'est dans ce sens, et très légalement à notre avis, que l'a admis la Cour d'Agen en matière de vente d'objets immobiliers. Elle a, en effet, jugé, le 12 mai 1830, que la connaissance d'un acte sous seing privé qui a déjà dépouillé le vendeur de la propriété de l'objet qu'on acquiert de lui, même par acte authentique, constitue, de la part de celui qui a cette connaissance, un fait de dol et de fraude [1].

Cette décision est parfaitement applicable à notre espèce. Qu'importe, en effet, que l'on sache que le vendeur n'est pas propriétaire de la chose qu'il vend, ou seulement qu'il en est propriétaire à un titre illégitime? L'acquisition faite nonobstant cette connaissance blesse également dans les deux cas les sentiments de la probité et de la délicatesse. Elle doit donc être régie par les mêmes principes.

296. — Il nous reste à examiner la revendication des meubles incorporels. Cette matière n'est plus régie par l'art. 2279 du Code civil. Il est, en effet, depuis longtemps admis en doctrine et en jurisprudence, que la maxime : en fait de meubles, la possession vaut titre, ne s'applique qu'aux meubles susceptibles d'une tradition manuelle. Les droits incorporels, les titres de créance, les actions n'étant pas évidemment dans cette classe, échappent aux conséquences que cette maxime autorise et crée [1].

[1] D. P., 32, 2, 204; — Voy. *supra*, n° 94.

[1] Troplong, *Des prescript.*, tom. II, n° 1065, — Vazeille, II, 670, — Cass., 12 mai 1824, 4 mai 1836, 11 mai 1839, 14 août 1840; — *J. du P.* tom. I, 1839, pag. 263; tom. II, 1840, pag. 229 — * *Junge* Larombière, 1, art. 241, n° 2; Demolombe XXIV, 486; Civ. rej. 29 août 1849, Sir. 50, 1,193.

Il est certain, en effet, que pour les objets de cette nature, la possession matérielle du titre constitutif ne saurait constituer une preuve de propriété. Les articles 1689 et suivants règlent les formalités à observer lorsqu'il s'agit de leur transfert. La délivrance du titre doit être accompagnée, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, d'un transport signifié au débiteur ou accepté par lui. Or, les effets de ce transport dépendent nécessairement de la validité du titre en vertu duquel il a été consenti. Si ce titre argué de dol est rescindé par la justice, cette rescision place la cession dans la catégorie des actes faits à *non domino*. Le cédant dépouillé de ses droits n'a pu en transmettre aucuns. Ici reviennent les maximes : *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet..... resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis* [1].

297. — Il résulte de là :

1° Que le possesseur dépouillé par le dol d'un meuble ou droit incorporel qui a fait prononcer la résolution de l'aliénation qu'il en avait consentie, a le droit de suivre la chose et de la revendiquer dans quelques mains qu'il la trouve.

2° Que celui qui a traité avec l'auteur du dol est tenu de restituer le titre qu'il en a reçu, encore bien qu'il en eût payé la valeur, sauf ses droits contre son vendeur. Il

* [1] La maxime *en fait de meubles possession vaut titre* ne s'applique pas aux universalités juridiques; et la pétition d'hérédité serait recevable dans le cas même où l'hérédité se composerait exclusivement d'objets mobiliers. Malleville sur l'art. 2279; Troplong, II, 1066; Demolombe, XXIV, 487; Aubry et Rau, II, § 183, p. 113; Laurent, XXXII, 565; Civ. cass. 26 août 1833, D. 1833, 1, 207; 10 févr. 1840, Sir. 40, 1,572.

ne pourrait obtenir contre le revendiquant que le remboursement des dépenses faites pour la conservation de la chose.

3° Que, si la créance cédée était exigible, ou qu'étant venue à échéance, elle ait été remboursée, le tiers est obligé de restituer ce qu'il a reçu, avec intérêts à partir de la demande en restitution. Les arrérages perçus de bonne foi jusqu'à cette époque lui appartiennent en vertu du principe consacré par l'art. 547 du Code civil.

298. — La faculté de revendiquer les meubles ou droits incorporels reçoit exception :

1° Lorsqu'il s'agit de billets ou bons payables au porteur. Les titres de ce genre sont transmissibles de la main à la main et sans aucune formalité. Leur possession fait donc considérer le porteur comme le seul propriétaire [1].

Ils ne peuvent, dès lors, être revendiqués que si l'on prouve qu'ils ont été volés ou perdus [2], ou que le porteur actuel ne les a reçus qu'à un titre précaire [3].

2° Lorsqu'il s'agit de traites ou effets commerciaux négociables. L'endossement de ces titres en confère la propriété. Le porteur, à l'ordre duquel cet endossement a été régulièrement transcrit, est, aux yeux de la loi, l'unique propriétaire de la traite. La transmission de ces titres est d'une trop réelle importance pour qu'on ait pu

* [1] Voy. Merlin, *Quest. de Dr.*, v° Revendication, § 1; Troplong, 11, 1065; Civ. rej. 17 nov. 1856, Sir. 56, 1, 173; Req., 23 janv. 1860, Sir. 60, 1, 543; Civ. cass. 15 avril 1863, Sir. 63, 1, 387.

[2] Cass., 2 nivôse an XII; — *J. du P.*, tom. III, pag. 547.

* [3] En ce qui concerne les titres au porteur, *Voy.* L. 15 juin 1872 et décr. 10 avril 1873.

avoir la pensée d'apporter aucun obstacle à leur libre circulation. Le tiers porteur de bonne foi est donc à l'abri de toutes recherches du chef de son cédant ou de tous autres précédents propriétaires.

299. — L'action en rescision doit être poursuivie directement contre les auteurs du dol, alors même que la chose qui en est l'objet serait passée en d'autres mains. D'ailleurs la revendication n'est possible qu'après que les droits de celui qui l'a transférée au tiers ont été infirmés, on comprend dès lors qu'une instance à laquelle il ne serait pas présent ou appelé manquerait d'un de ses éléments essentiels. Seul, en effet, le défendeur principal en dol peut discuter utilement les allégations dirigées contre l'acte, seul il peut fournir, sur les faits et circonstances du procès, toutes les notions pouvant éclairer la conscience du juge et contribuer à rendre sa décision équitable.

Le tiers détenteur n'est pas moins intéressé dans le procès en rescision intenté contre son auteur. Le jugement qui interviendra contre celui-ci refluera nécessairement jusqu'à lui. On ne peut dès lors le faire condamner sans l'avoir mis à même de se défendre. Il doit donc être appelé dans l'instance pour y faire valoir ses droits, ceux de son cédant lui-même, si ce dernier, colludant avec le demandeur, les désertait pour lui porter préjudice.

Au reste, l'appel en cause du tiers détenteur n'est pas seulement dans son intérêt. Il importe également au poursuivant de le réaliser, car la prescription n'est interrompue à son égard que par la poursuite directe dont il est l'objet. Le temps consacré à l'instance, exclusivement

dirigée contre l'auteur du dol, pourrait donc, dans plusieurs cas, permettre à la prescription de s'accomplir, et créer ainsi un obstacle invincible à toute revendication ultérieure.

Le tiers détenteur qui ne serait pas appelé dans l'instance, soit parce que le poursuivant ignore la transmission qui lui a été consentie, soit que la connaissant il néglige de le mettre en cause, a toujours le droit d'intervenir, s'il craint que ses intérêts soient compromis. L'intérêt est la mesure de l'action. Or, le tiers en a un puissant à assister aux débats sur la rescision; il peut enfin former tierce-opposition au jugement rendu en son absence.

---

§ II.

De l'Action en Dommages-Intérêts.

SOMMAIRE.

300. Objet de l'allocation de dommages-intérêts. — A qui appartient l'action.
301. L'étendue et le chiffre de la condamnation sont laissés à la prudence du juge. — Règle à suivre.
302. Maximum tracé par la loi romaine.
303. Principes à consulter sous le Code.
304. Différence dans l'allocation, selon qu'il s'agit d'une faute, d'un fait de mauvaise foi ou d'un dol.
305. En quoi consistent les dommages-intérêts dans le cas de faute.
306. Dans le cas de mauvaise foi.

307. Dans le cas de dol.
308. Comment faut-il entendre ces mots de l'art. 1151 : Ce qui est une suite immédiate et directe du dol.
309. Opinion de Dumoulin.
310. Exemple emprunté de Pothier.
311. Distinction faite par ce jurisconsulte pour le préjudice résultant des conséquences éloignées du dol.
312. Conclusion.
313. Dommages-intérêts déterminés par la loi elle-même. — Intérêts moratoires.
314. Exceptions que reçoit l'art. 1153.
315. *Quid* si le retard provenait d'un dol ?
316. La saisie-arrêt faite *malo animo* et dans l'intention de nuire donnerait lieu à des dommages-intérêts, indépendamment des intérêts moratoires.
317. Influence du dol sur le point de départ de ces intérêts.
318. Différence entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires. — Conséquence.
319. Les dommages intérêts dus au plaideur injustement attaqué sont les dépens de l'instance.
320. Ne pourrait-on pas, dans le cas d'une mauvaise foi ou d'un dol flagrant, accorder des dommages-intérêts outre les dépens.
321. Remarquable exemple tiré d'un arrêt de la Cour d'Aix.
322. Contre qui doit être poursuivie l'action en dommages-intérêts.
323. Conséquences de l'action en matière de ventes d'objets mobiliers.
324. La réparation pécuniaire du dol est prononcée solidairement contre tous ceux qui y sont tenus comme auteurs ou complices.
325. L'indivisibilité du fait amène forcément la solidarité.
326. C'est en effet par ce principe que la solidarité a été admise en matière de quasi-délit.
327. Coup d'œil historique sur la contrainte par corps, en matière civile, sous les législations précédentes.
328. Dispositions du Code civil.

329. Faculté conférée par l'art. 126 du Code de procédure civile de la prononcer pour les dommages-intérêts excédant 300 francs.
330. Modifications que cet article consacre à l'ordonnance de 1667.
331. La contrainte par corps n'étant autorisée que pour les dommages-intérêts, peut-on la décerner pour la restitution de la valeur de la chose ayant fait l'objet du contrat annulé.
332. Importance de la solidarité pour l'application de l'art. 126 du Code de procédure civile.
333. Exception à la faculté de décerner la contrainte.
334. L'héritier de l'auteur du dol n'est jamais contraignable par corps.
335. Durée de la contrainte déterminée par la loi de 1832.

300. — L'allocation de dommages-intérêts a pour objet d'indemniser la partie lésée du préjudice qu'elle a souffert matériellement ou moralement.

L'existence d'un préjudice autorise donc l'action qui doit en amener la réparation. A ce titre, et par application à notre matière, l'action en dommages-intérêts est ouverte à celui que le dol a égaré, dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsqu'il s'agit d'un dol accidentel. Ce dol, s'exerçant sur une des conditions de la chose qui fait la matière du contrat, n'est pas en général un motif suffisant pour faire prononcer la résiliation de l'acte. L'erreur en résultant, soit sur la qualité de la chose, soit sur le prix, soit sur l'existence d'une servitude, trouve une réparation juste et naturelle dans l'attribution d'une somme de dommages-intérêts, proportionnée à la nature du préjudice;

2° Lorsque s'agissant d'un dol substantiel, la rescision n'est pas demandée, soit parce qu'elle est impossible, soit

parce qu'elle nuirait à la partie lésée. Le défaut de poursuite en rescision n'amnistie pas le dol, le préjudice qu'il a causé n'en doit pas moins être réparé, et cette réparation consiste dans l'allocation d'une indemnité pécuniaire;

3° Lorsque s'agissant d'un dol substantiel, la rescision demandée ne suffirait pas pour réparer le préjudice souffert. La justice veut en effet que celui qui a été victime du dol soit intégralement restitué de tout le dommage qui lui a été occasionné. La rescision pourrait laisser subsister une partie de ce dommage, qu'une condamnation pécuniaire, accessoirement requise, fait disparaître.

4° Enfin lorsqu'il s'agit d'un dol indirect. L'auteur de ce dol est responsable des conséquences de son fait. Il est juste qu'il soit tenu d'indemniser la partie lésée, alors même que, s'agissant d'une disposition à titre gratuit, celui qui l'a recueillie doive être dépossédé au profit de cette partie.

301 .— Dans tous les cas, l'étendue et le chiffre de la condamnation sont laissés à l'arbitrage des juges. Ce qu'il importe cependant de ne pas perdre de vue, c'est qu'il est dans l'esprit de la loi de concilier les justes droits du poursuivant avec l'équité, qui ne permet pas de pousser jusqu'à des limites trop extrêmes la responsabilité encourue par l'auteur du dol.

Sans doute la conduite de celui qui a manqué aux lois de la probité, de la délicatesse, doit exciter une vive et énergique réprobation; mais il est une mesure à garder, même dans les sentiments les plus honorables. Plus le mobile qui fait agir est respectable, et plus on doit

craindre de s'égarer. N'oublions pas les célèbres paroles de la raison écrite : *Summum jus, summa injuria.* Il faut donc, lorsqu'il s'agit d'une réparation pécuniaire, peser mûrement la gravité des torts reprochés, l'étendue des conséquences qui en sont résultées, et modérer à ces conséquences mêmes l'indemnité à accorder.

302. — C'est sans doute par des considérations de cette nature, que Justinien avait cru devoir fixer un maximum que l'adjudication de dommages-intérêts ne pouvait franchir. Avant lui, les magistrats avaient toute latitude dans leur appréciation; c'est cette latitude que Justinien trouve dangereuse, et à laquelle il croit devoir assigner des bornes : *Melius est hujus modi prolixitatem prout possibile est in angustum coarctare*[1]. En conséquence, et dans aucun cas, les dommages-intérêts ne pourront dépasser une valeur double de la chose ayant fait la matière du contrat.

303. — Le Code qui nous régit n'a tracé aucune limite à l'appréciation des magistrats, mais on se tromperait étrangement, si l'on considérait le silence qu'il a gardé sur ce point comme la condamnation de la règle consacrée par la législation romaine. En parcourant le système que notre législation a adopté en matière de dommages-intérêts, on arrive facilement à cette conclusion que l'intention de se tenir sans cesse dans un milieu raisonnable et juste a été le but qu'elle s'est proposée.

304. — En principe, les dommages-intérêts sont de la

[1] L. unic., Cod. *De sent. quæ pro eo quod interest.*

perte qu'on a fait et du gain dont on a été privé. Certes, rien de plus élastique qu'un pareil principe, mais la manière dont la loi prend soin d'en régler l'application fait disparaître toute espèce de dangers.

Les dommages-intérêts sont réclamés ordinairement pour une faute, pour un acte de mauvaise foi, pour un dol.

305. — Lorsque l'inexécution de la convention donnant lieu à l'action provient d'une simple faute, c'est-à-dire parce que le débiteur se sera témérairement engagé à ce qu'il ne pouvait accomplir, ou parce qu'il s'est mis depuis dans l'impossibilité de remplir son obligation, les dommages-intérêts sont réglés par l'art. 1150. Ils comprennent alors la perte éprouvée et le gain dont on a été privé, tels qu'ils ont été prévus, ou qu'on a pu les prévoir lors du contrat.

On suppose donc que les dommages-intérêts sont purement conventionnels. Or, les obligations créées par les contrats ne pouvant se former que par le consentement et la volonté des parties, le débiteur, en s'obligeant aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu et voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir qu'ils pourraient s'élever.

« Ordinairement, dit Pothier, les parties sont censées » n'avoir prévu que les dommages-intérêts que le créan- » cier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souf- » frir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, » et non ceux que l'inexécution lui a causés d'ailleurs » sur ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le » débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de

» ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet
» de l'obligation : *Damni et interesse propter ipsam rem*
» *non habitam.*

» Par exemple, si j'ai donné à loyer pour dix-huit
» ans une maison que je croyais m'appartenir, et qu'à-
» près dix ou douze ans, mon locataire en ait été évincé
» par le propriétaire, je serai tenu des dommages-in-
» térêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura
» été obligé de faire pour son délogement, comme aussi
» de ceux résultant de ce que le prix des loyers étant
» augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer
» une maison plus cher pendant le temps qui restait à
» courir, car ces dommages-intérêts ont un rapport
» direct et prochain à la jouissance qui a fait l'objet de
» mon obligation et sont soufferts par le locataire
» *propter rem ipsam non habitam.*

» Mais si le locataire a depuis le bail établi un com-
» merce dans la maison que je lui ai louée, et que son
» délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé
» un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce
» dommage qui est étranger, et n'a pas été prévu lors
» du contrat.

» A plus forte raison, si dans le délogement quelques
» meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je
» ne serai pas tenu de ce dommage, car c'est l'impéritie
» des gens dont il s'est servi qui en est la cause, et non
» l'éviction qu'il a soufferte, elle n'en est que l'occa-
» sion [1] ».

Cette doctrine a le mérite incontestable de préciser nettement la portée de l'art 1150. Il est évident que dans

[1] *Des obligations*, nº 161.

l'exemple cité, ces dommages-intérêts ont pu et dû entrer dans les prévision des parties; qu'ils ne constituent qu'une indemnité raisonnable et telle qu'il serait injuste de la refuser. La bonne foi du bailleur lui est utile en ce sens qu'elle détermine une modération dans la peine qui lui est appliquée. Or on ne saurait aller jusqu'à prétendre que cette bonne foi pût l'exonérer de l'obligation de réparer le préjudice qui en a été la conséquence.

306. — Par une juste déduction, l'absence de la bonne foi aggrave les obligations du débiteur. Dans ce cas, les dommages-intérêts se calculent sur une autre base. La réparation à sa charge comprend alors non-seulement le préjudice résultant de la privation de la chose, mais encore celui dont cette chose a été l'occasion. Nous en trouvons un exemple décisif dans le rapprochement des art. 1634 et 1635 du Code civil.

Ainsi, celui qui a vendu de bonne foi la chose d'autrui doit rembourser à l'acquéreur évincé toutes les réparations et améliorations utiles faites au fonds. Les dépenses voluptuaires et d'agrément, n'étant jamais considérées comme utiles, restent donc à la charge de l'acquéreur. C'est là une application exacte du principe posé par l'art. 1150. Le vendeur, en effet, a pu prévoir les dépenses utiles, il a dû penser qu'en bon père de famille, l'acquéreur se livrerait immédiatement à tous les frais que la conservation et l'entretien de la chose exigeraient. Mais on ne peut admettre une semblable prévision pour tout ce qui ne constitue qu'un pur agrément. Il ne serait donc pas juste de l'obliger à rembourser des frais quelquefois en dehors de toute proportion avec la valeur même de la chose.

Mais il n'en est plus ainsi pour le vendeur de mauvaise foi. Celui qui aliène une chose qu'il sait ne pas lui appartenir s'expose à réparer tout le préjudice que l'acquéreur est dans le cas de souffrir. L'acte qu'il s'est permis ne comporte ni excuse, ni atténuation; aussi l'article 1635 met-il à sa charge les dépenses voluptuaires et d'agrément. Sa mauvaise foi fait présumer la volonté de réparer toutes les pertes qu'elle sera dans le cas d'occasionner [1].

On continue donc, dans le cas de mauvaise foi, de considérer les dommages-intérêts comme conventionnels, seulement on fait porter les prévisions des parties au delà de ce qu'elles restent, lorsqu'on a à prononcer contre un débiteur de bonne foi.

307. — Ce n'est plus par le même principe que se règlent les dommages-intérêts dérivant du dol. Il n'y a plus lieu, dans cette hypothèse, à rechercher quelle a été ou pu être la commune intention des parties, si le préjudice à réparer a été ou non dans leur prévision. L'auteur du dol s'oblige, *velit nolit*, à la réparation de tout le tort qu'il a causé.

Dans ce cas même, aux termes de l'art. 1151, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe du dol. Mais, dans ces limites mêmes, la détermination du chiffre n'est pas toujours chose facile.

308. — L'exposé des motifs de l'art. 1151 est loin de

[1] Domat, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 8.

résoudre cette difficulté. « Dans le cas même de dol, disait l'orateur du Gouvernement, les dommages-intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention. Il ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. Ainsi on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation, et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionnés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens ».

Ces considérations nous paraissent inadmissibles. Elles ramèneraient, en effet, la règle en matière de dol aux proportions que nous avons vues devoir régir la bonne foi; à ces dommages-intérêts *propter rem ipsam non habitam*, prévus par l'art. 1150. Or, il est impossible que l'art. 1151, en appliquant les dommages-intérêts au préjudice causé per les conséquences immédiates, et directes du dol, n'ait voulu que reproduire le principe déjà écrit dans l'article précédent.

Par la suite immédiate et directe du dol, le législateur a donc eu forcément en vue le dommage souffert par le créancier dans ses autres biens, seulement il l'a réduit au préjudice dont le dol a été l'occasion directe et immédiate, et non à celui qu'on pouvait rattacher au dol d'une manière éloignée, lequel est, d'après les paroles de Dumoulin, sans aucune considération.

309. — Ce jurisconsulte, recherchant le préjudice que doit réparer le locataire qui, par malice, incendie la maison du propriétaire, décide qu'on doit mettre à sa charge la perte de la maison, la valeur de tout ce qui y

était renfermé et l'indemnité de la privation de jouissance. *Non autem*, ajoute-t-il, *damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictæ combustionis, sine qua non contigisset ; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione.*

310. — Un exemple que nous empruntons au judicieux Pothier précisera mieux encore la différence d'appréciation résultant des art. 1150 et 1151, et comment on doit déterminer ce qui doit être considéré comme une suite immédiate et directe du dol.

Un marchand vend une vache infectée d'une maladie contagieuse. Mais il ignorait lui-même cette maladie. Les dommages-intérêts dus à l'acquéreur se composeront uniquement du prix de la vache et des dépenses occasionnées pour la remplacer, alors même que la contagion s'étant communiquée, aurait fait périr ses autres bestiaux. C'est là le dommage *propter ipsam rem non habitam* que doit exclusivement supporter celui qui a agi avec bonne foi.

Au contraire, la maladie de la vache était connue du marchand, qui en a dissimulé l'existence. Cette dissimulation est un véritable dol qui l'oblige à réparer le préjudice qui en a été la suite immédiate et directe. Evidemment, la contagion qui a fait périr les autres bestiaux, n'a pas eu d'autre cause déterminante que le dol. Le coupable doit donc indemniser l'acquéreur, non-seulement du prix de la vache et de la dépense nécessitée par son remplacement, mais encore de la valeur de tout le bétail mort des suites de la contagion et des frais exposés pour le remplacer.

Mais la perte de ses bestiaux peut avoir pour l'acqué-

reur des conséquences plus fâcheuses encore. Ainsi, il peut soutenir qu'il a été placé par là dans l'impossibilité de cultiver ses terres et privé ainsi de toute récolte; que cette privation l'a mis dans le cas de ne pouvoir satisfaire à ses engagements, et qu'il s'est vu contraint de laisser exproprier ses biens. Pourrait-il obtenir contre le marchand la réparation de tout ce préjudice?

Il est certain que, dans le fonds, la prétention tendant à faire décider l'affirmative n'est pas sans motifs plausibles. On comprend, en effet, que la mort des bestiaux d'une ferme, arrivée pendant une certaine saison, peut exercer une influence fâcheuse sur la position du propriétaire et entraîner même la saisie de ses biens. Mais on répondra, avec raison, que le défaut de culture et le non-paiement des créanciers n'ont qu'une relation indirecte et éloignée avec le fait imputable au marchand, ils n'en étaient même pas les suites nécessaires. Il est positif, en effet, que le propriétaire pouvait cultiver en achetant ou en louant d'autres bestiaux, et qu'ayant eu le tort de ne pas le faire, il a commis personnellement une faute dont il est responsable. En un mot, on peut dire de ces dommages ce que Dumoulin disait pour l'incendiaire : ils peuvent bien être attribués à la mort des bestiaux, sans laquelle ils ne se seraient pas réalisés, mais ils sont réellement nés *ex novo casu*, et conséquemment on ne peut qu'adopter la conclusion de ce jurisconsulte : *Istud est damnum remotum, quod non est in consideratione.*

311. — Cependant Pothier distingue, fort justement selon nous, entre le dommage résultant du défaut de culture et celui déterminé par la saisie des propriétés

« Celui-ci, dit-il, ne saurait être en tout ou en partie à la charge du marchand, il n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte du dol. Il n'y a pas même une relation nécessaire, car, quoique la perte des bestiaux ait influé sur le dérangement de la fortune de l'acquéreur, ce dérangement peut avoir eu d'autres causes.

» L'autre, au contraire, paraît être une suite moins éloignée du dol, mais il n'en est pas une conséquence absolument nécessaire. L'acheteur pouvait obvier au préjudice résultant de la perte de ses bestiaux, en faisant cultiver ses terres par d'autres bestiaux qu'il devait acheter ou louer, ou en affermant ses terres, s'il n'avait pas le moyen de les faire valoir lui-même. Néanmoins, comme en recourant à ces expédients il n'aurait pas retiré de ses terres autant de profit que s'il les avait fait valoir lui-même avec les bestiaux qu'il a perdus par le dol du marchand, il est juste que celui-ci l'indemnise, en partie au moins, du préjudice causé par le défaut de culture » [1].

312. — Cette doctrine nous paraît déterminer la véritable signification de l'art. 1151 du Code civil. C'est dans les principes enseignés par Dumoulin, Domat, Pothier, que nous rencontrons l'étendue et la portée de cette disposition. C'est là que la pensée du législateur se décèle avec la plus parfaite précision. Nous pouvons donc, avec confiance, proposer ces principes comme les éléments indispensables de toute appréciation en matière de dommages-intérêts.

[1] *Des obligations* n° 167. * *Junge* sur l'art. 1151, Pothier, n° 166; Toullier, VI, 286 et 287; Larombière, vol. I; Demolombe, XXIV, 598-604.

Nous n'ajouterons qu'une seule observation, qui nous paraît commandée par l'équité. Si le préjudice éloigné ne doit pas être mis à la charge de l'auteur du dol, tout au moins convient-il de le prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le chiffre de celui qu'il doit réparer. On ne saurait, en effet, se dissimuler, d'un côté, que le dol n'a pas été sans influence sur la réalisation de ce préjudice; de l'autre, que l'acte de celui qui s'est permis des manœuvres coupables ne soit extrêmement blâmable. Cette double considération est donc de nature à empêcher toute modération dans les dommages-intérêts que la loi impose aux débiteurs. Ils doivent couvrir, dans la mesure qui vient d'être indiquée, l'intégralité du préjudice souffert.

313. — Il est des cas où les dommages-intérêts sont fixés par la loi elle-même. L'art. 1153 nous en offre un exemple. Dans les obligations, porte cet article, qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Cette disposition est fondée sur la présomption que la perte essuyée par le créancier et le bénéfice dont il est privé sont intégralement compensés par les intérêts tels que les tribunaux les adjugent conformément à la loi [1].

314. — La règle tracée par cet article reçoit exception :

1° Pour les matières commerciales. Ainsi, le débiteur d'une lettre de change protestée faute de paiement doit

[1] Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs*. * — *Voy*. Civ. rej. 15 avril 1848, Sir. 48, 1, 818; Civ. cass. 13 janv. 1852, Sir. 52. 1, 238.

non-seulement les intérêts du jour du protêt, mais encore le remboursement des frais de rechange. De même le débiteur en compte-courant d'un banquier est obligé de payer, en sus des intérêts, le droit de commission déterminé par l'usage.

2° Pour le cautionnement civil. Ainsi, d'après l'article 2028, la caution qui a payé, a son recours contre le débiteur, non-seulement pour le capital et les intérêts, mais encore pour le remboursement de tous les frais qu'elle a exposés.

Ces deux exceptions, formellement prévues par l'article 1153 [1], sont fondées : la première, sur l'intérêt du commerce dont les usages acquièrent force de loi; la seconde, sur l'appréciation exacte de l'obligation du débiteur principal vis-à-vis de la caution. Cette obligation n'est pas, à proprement parler, celle de lui payer telle ou telle somme, mais bien celle de l'indemniser de tout le préjudice que le cautionnement lui a occasionné.

Dans tous les autres cas, le retard dans le paiement d'une somme d'argent ne donne lieu qu'à l'adjudication des intérêts légaux, alors même que ce retard serait imputable au dol du débiteur [2]. La stipulation du contrat

* [1] Une autre exception en matière de société est formellement établie par l'art. 1846 du Code civil.

* [2] Le créancier qui, en stipulant le remboursement à un terme fixe de ce qui lui est dû, aurait indiqué au débiteur un dommage spécial, v. g., la déchéance d'une faculté de rachat devant être encourue par lui, faute de remboursement au terme convenu, n'aurait le droit, malgré cette indication, que de réclamer les intérêts moratoires au taux légal. En ce sens, Delvincourt, II, p. 533 ; Colmet de Santerre, V, 70 *bis*, IV; Demolombe, XXIV, 642 et 643 ; Aubry et Rau, § 308 p. 107. — *Contra* Toullier, VI, 267 ; Duranton, X, 488; Larombière, I, art. 1153, n° 18.

Secus, si une personne s'était obligée à prêter les fonds nécessaires pour l'exercice d'une faculté de retrait, et n'avait pas rempli son enga-

qui déterminerait de plus grands dommages-intérêts serait censée non écrite, et, dans tous les cas, annulée comme renfermant une usure déguisée.

Ce principe et ses conséquences ne régissent que les dommages-intérêts pour simple retard dans l'exécution d'une convention expresse stipulant le remboursement ou le paiement d'une somme convenue. On ne saurait donc les invoquer lorsque l'obligation de restituer n'a d'autre origine qu'un acte, qu'un fait illicite, une escroquerie, un abus de confiance, par exemple.

Il est évident que l'art. 1153 n'a ni prévu, ni entendu régler ces hypothèses. Dans l'un comme dans l'autre cas, en effet, il s'agit moins de la restitution d'une chose ou de sa valeur, que de la réparation du préjudice résultant du délit, et rien ne saurait faire que cette réparation ne s'étendit à toutes les conséquences de celui-ci[1].

L'escroquerie peut avoir eu pour effet une vente d'objets ou de marchandises et la création de titres en règlement du prix. Le porteur de ces titres en poursuivant le paiement ne demande-t-il pas l'exécution d'une obligation se bornant au paiement d'une somme, et ne se place-t-il pas sous l'empire de l'art. 1153?

L'affirmative n'est pas douteuse si l'instance est intro-

gement au terme fixé. L'emprunteur, qui aurait encouru la déchéance, faute d'avoir reçu les fonds nécessaires à l'exercice du retrait, pourrait réclamer une indemnité proportionnée au préjudice que la déchéance lui aurait causé.

*[1] Les art. 1150, 1151 et 1153, aussi bien que l'art. 1146, sont inapplicables aux dommages-intérêts réclamés à raison d'un délit. *Voy.* Sur les conséquences de ce principe : Req. 4 janv. 1865, Sir. 65,1, 479 ; — Crim. rej. 1er mai 1857, Sir. 57, 1, 712 ; Civ. rej. 30 nov. 1858. Sir. 59, 1, 251 ; Req. 13 août 1863, Sir. 63, 1, 473 ; Civ. rej. 23 août 1864, Sir. 65, 1, 177 ; Req. 31 mai 1865, Sir. 66, 1, 166.

duite et poursuivie devant la juridiction civile. Pour celle-ci, les manœuvres qui ont déterminé le traité, ne constituent qu'un dol, dont l'existence et les effets sont exclusivement soumis à son appréciation; elle peut d'autant moins ordonner la réparation du préjudice occasionné par le délit qu'elle est sans qualité pour rechercher et constater celui-ci.

Si le procès s'agite au correctionnel, la mission spéciale du juge est de juger si le délit existe. En cas d'affirmative il peut et il doit, non-seulement ordonner la restitution de la chose ou de sa valeur, mais encore adjuger outre l'intérêt légal tout ce que lui paraîtra exiger la réparation intégrale du préjudice.

Or, la partie lésée peut toujours investir la juridiction criminelle, même après avoir demandé et obtenu du juge civil la restitution de ce qui lui est dû en capital et intérêts. On n'a jamais contesté cette faculté. Ce qu'on a soutenu c'est, qu'en s'adressant d'abord à la juridiction civile, la partie civile avait épuisé son droit quant aux dommages-intérêts; qu'elle ne pouvait donc plus en exiger et en obtenir d'autres que ceux que cette juridiction lui avait adjugés.

Cette prétention qui, dans une espèce, se produisait devant la Cour de Paris, condamnée par elle, le fut également par la Cour suprême, d'abord par arrêt du 29 mars 1849.

Un second arrêt de la Cour suprême du 8 juin de la même année la condamne plus explicitement encore, en jugeant que la condamnation prononcée par les tribunaux civils aux intérêts dus pour retard dans une restitution de sommes confiées à titre de dépôt ne met pas obstacle à ce que la partie condamnée soit ultérieurement déclarée

passible de dommages-intérêts sur l'action formée contre elle pour délit d'abus de confiance; qu'ici ne s'appliquait pas l'art. 1153 [1].

Il résulte bien de cet arrêt que l'action jugée par les tribunaux civils, n'est ni un obstacle à la poursuite correctionnelle, ni un empêchement à ce que le juge de répression alloue tous les dommages-intérêts qu'exige la réparation intégrale du préjudice.

Plus tard, et le 18 septembre 1862, la Cour de cassation a eu de nouveau l'occasion d'appliquer sa doctrine. Un mandataire infidèle condamné à 5,000 fr. de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'avait occasionné au mandant le défaut de restitution des sommes qu'il était chargé de recevoir, s'était pourvu en cassation. Il reprochait à l'arrêt d'avoir violé, non-seulement l'art. 1153, mais encore l'art. 1996 qui n'astreint le mandataire qu'à tenir compte de l'intérêt légal des sommes dont il est reconnu réliquataire.

Mais la Cour suprême décide que ces dispositions obligatoires pour les tribunaux ordinaires ne lient pas le juge criminel. En conséquence, elle rejette le pourvoi, et juge : que le mandataire infidèle ne peut prétendre au bénéfice de n'être tenu à d'autres dommages-intérêts qu'à l'intérêt légal des sommes à restituer; qu'il peut être condamné par le juge de répression à la réparation du préjudice total que le défaut de restitution des sommes reçues a fait éprouver à la partie, lésée [2].

Au reste, le caractère juridique de ces décisions ressort du texte et de l'esprit de l'art. 1153. Spécial au retard dans l'exécution d'une convention d'une nature déter-

[1] D. P., 49, 1, 180; 225.
[2] D. P., 63, 5, 124.

minée, son caractère exceptionnel en fait nécessairement restreindre l'application au cas prévu.

Or, dans les hypothèses que nous venons d'indiquer, il s'agissait, non d'un simple retard d'exécution, mais d'une atteinte à la fortune d'autrui, d'autant plus odieuse qu'elle avait sa source dans un acte de confiance provoquée par la déloyauté, la ruse et le mensonge. On ne peut donc qu'applaudir à l'exigence d'une réparation entière en faveur de la partie lésée.

Faut-il conclure du caractère exceptionnel et spécial de l'art. 1153, qu'il est inapplicable à la demande en dommages-intérêts fondée, non sur l'inexécution d'une convention, mais sur la violation d'une obligation de faire, contractée à l'occasion de cette convention?

La veuve Dumont prêta au sieur Lavaysse une somme de 85,000 fr. suivant un contrat authentique du 6 mai 1847, où il était dit : *les époux Lavaysse s'obligent envers Mme Dumont, à faire le paiement de 85,000 fr. restant dus au sieur Layerman* (pour prix d'un immeuble vendu en 1820), *avec les deniers à elle empruntés, et ce, dans le délai de trois mois de ce jour, et à déclarer, dans la quittance notariée qu'ils en retireront, l'origine des deniers, afin que Mme Dumont soit subrogée dans les droits et privilèges du vendeur, et dans l'inscription qui en a été prise d'office.*

Lavaysse ne remplit pas cet engagement et est exproprié quelque temps après. La dame Dumont dont la créance est perdue faute de la subrogation promise, l'actionne alors en dommages-intérêts pour violation de cette obligation, et demande contre lui, à ce titre, 85,000 fr. avec contrainte par corps.

Cette demande est accueillie par le Tribunal. Mais sur

l'appel, la Cour de Paris infirme le jugement et déboute la dame Dumont de ses fins et conclusions.

Celle-ci se pourvoit en cassation. Elle se plaint de la fausse application de l'art. 1153, en ce que l'arrêt a jugé qu'une obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que dans le cas où le fait inexécuté est l'objet principal et direct de l'obligation ; que cette distinction est condamnée par les termes absolus de l'art. 1142 du Code Napoléon, que le principe des dommages-intérêts admis, leur qualité est réglée par la loi qui veut qu'ils soient de la perte qu'on a faite et du gain dont on a été privé; que dans l'espèce le défaut de subrogation ayant occasionné la perte de la créance, c'était le chiffre de celle-ci que les dommages-intérêts devaient représenter; et qu'accordé à ce titre, le paiement devait en être garanti par la voie de la contrainte par corps.

Mais, par arrêt du 9 août 1849, le pourvoi est rejeté. Non pas cependant parce que la Cour de Paris aurait à propos appliqué l'art. 1153, mais parce qu'elle ne l'avait pas appliqué du tout.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que l'arrêt attaqué ne décide pas en principe que la veuve Dumont ne devait pas obtenir des dommages-intérêts contre Lavaysse, à raison de l'inexécution des obligations qu'il avait contractées envers elle, mais que sa demande tendait à la condamnation de Lavaysse, à titre de dommages-intérêts et par corps, au paiement de la somme de 85,000 fr. principal même de l'obligation de ce dernier; qu'il n'était pas permis à un créancier de transformer ainsi le titre de l'obligation primitive dont il est porteur, pour y rattacher la voie d'exécution par corps qui n'avait pas été stipulée et qui peut-être n'aurait pas pu l'être; qu'en décidant ainsi, la

Cour de Paris n'a pas violé les dispositions de loi invoquées par la demanderesse; qu'elle en a au contraire sagement réservé les effets dans son intérêt pour le cas où l'application en serait réclamée par elle dans les limites de leur application légitime » [1].

Ainsi, si la Cour de Paris eût étayé le rejet de la demande de dommages-intérêts sur l'art. 1153, son arrêt eût provoqué la censure de la Cour de cassation. D'où la conséquence que pour celle-ci, l'art. 1153 est inapplicable à l'inexécution des obligations de faire, et c'est en effet ce qui résulte du texte et de l'esprit de cet article

L'arrêt de la Cour de Paris, irréprochable sous ce rapport, l'était-il également au point de vue du résultat auquel il aboutit? je ne le pense pas.

La demande en dommages-intérêts est, en effet, repoussée parce que, dit la Cour, l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsqu'elle fait l'objet principal et direct du contrat; qu'on ne pouvait reconnaître ce caractère à celle qui ne se rapportait qu'à des garanties à donner pour le paiement; que l'inexécution de celle-ci, était régie par l'art. 1188 et se bornait à autoriser le créancier à exiger son paiement immédiat; que c'était là la seule action qui fût ouverte à la veuve Dumont qui ne pouvait être recevable à l'exercer à un autre titre, dans le seul but d'obtenir la voie de la contrainte par corps.

La distinction entre les obligations de faire principales ou accessoires est purement arbitraire. Loin de l'autoriser, les termes de l'art. 1142 l'excluent, en décidant d'une

[1] D. P., 49, 1, 208.

manière générale et absolue que toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts.

Cette distinction, fût-elle possible, ne pouvait se justifier dans l'espèce. Comment en effet déclarer et admettre que l'obligation de faire subroger n'était qu'accessoire ? Il est évident, au contraire, que sa réalisation était la condition tellement essentielle, que la prévision de son défaut eût empêché le contrat de se former.

Dans tous les cas, son inexécution tombait-elle sous le coup de l'art. 1188? La lecture de cet article répond à cette question. Ne pas donner les sûretés promises, ce n'est pas diminuer les sûretés données. Or, c'est ce dernier cas que l'art. 1188 prévoit et régit exclusivement.

Il n'y avait donc pas lieu de recourir à sa disposition et d'en faire la règle du litige, qui, ayant son fondement unique dans l'inexécution d'une obligation de faire, se trouvait naturellement et forcément placé sous l'empire de l'art. 1142.

Sans doute la dame Dumont aurait pu, se fondant sur cette inexécution, demander la déchéance du terme et exiger son paiement immédiat. Mais de ce que le droit existait, s'ensuit-il qu'il dût être exercé à l'exclusion d'un autre également acquis. Celui qui a une double action est l'arbitre unique de celle qu'il doit suivre, et a la faculté de ne consulter que ses convenances et son intérêt.

Il est vrai que le chiffre des dommages-intérêts réclamés était exactement celui de la créance. Mais pouvait-il en être autrement? L'inexécution de l'obligation avait occasionné une perte de 85,000 fr., et si l'auteur de cette inexécution était responsable, c'est de l'intégralité de

la perte dont il devait être, dont il était légalement tenu [1].

Nous croyons donc que la Cour de Paris avait mal apprécié, et nous avouons ne pas nous rendre raison de l'approbation de la Cour suprême. La condamnation à la contrainte pas corps n'était que la conséquence de la nature de l'action, nécessitée d'ailleurs par la position du condamné. Avait-il de quoi répondre sur ses biens de la réparation à laquelle il était condamné justement? N'est-ce pas cette prévision qui a motivé l'art. 126 du Code de procédure civile?

315. — L'art 1153 serait sans application si le retard provenait du fait ou du dol d'une tierce personne. Par rapport à elle, les principes ordinaires reprendraient leur empire, et l'obligation de réparer le préjudice lui serait imposée. Par application de cette règle, la Cour de Bastia a jugé, le 9 juillet 1833, que celui qui se croyant propriétaire d'une créance, qu'il pense à tort lui avoir été cédée, en touche le montant, cause par ce fait, au véritable propriétaire, un préjudice dont il est responsable vis-à-vis de lui, et qu'il peut être condamné à réparer en lui restituant à la fois le montant de la somme perçue, les intérêts à compter du jour de la perception et les faux frais par lui faits pour obtenir paiement.

Vainement cet arrêt fut-il déféré à la Cour de cassation comme violant l'art. 1153, la Cour suprême n'hésita pas à rejeter le pourvoi [2], pensant, avec raison, qu'il ne s'agissait pas pour le tiers d'un retard dans le paiement d'une somme d'argent; qu'il y avait, dans l'acte qu'il

[1] Art. 1149, Cod. Nap.

[2] *J. du P.*, tom. II, 1837, pag. 391.

s'était permis, un fait nuisible dans l'acception de l'art. 1382, obligeant son auteur à réparer le préjudice qui en est résulté. A plus forte raison devrait-on le déclarer ainsi, si l'acte reprochable constituait un dol.

316. — On doit donc décider que celui qui *malo animo*, et, sans aucun droit réel, a fait saisir, arrêter entre les mains de mon débiteur, une somme m'appartenant et l'a ainsi empêché de se libérer, devrait être condamné à réparer le préjudice que ce retard m'aurait occasionné. Il ne saurait, même dans ce cas, s'agir de l'application de la règle posée par l'art. 1153, car si de mon débiteur à moi il n'y a qu'un retard dans le paiement d'une certaine somme, il y a autre chose dans la conduite du saisissant à mon égard, il y a un fait nuisible, un véritable dol. Dès lors, il doit réparer le préjudice qui en est la conséquence, et non-seulement le préjudice matériel, mais encore le préjudice moral résultant de son inique poursuite. Or, ce dernier pourrait être important s'il s'agissait surtout d'un commerçant dont la position et le crédit ont tant à souffrir de ce qui paraît incriminer sa solvabilité.

317. — Au reste, si du créancier au débiteur, le dol est sans influence sur la nature des dommages-intérêts pour le retard dans le paiement d'une somme quelconque, il n'en est pas de même quant à l'époque à partir de laquelle les intérêts sont censés courir. La règle tracée par l'art. 1153, qui fixe cette époque au jour de la demande n'est obligatoire que pour les intérêts moratoires, elle ne s'applique donc pas aux intérêts compensatoires.

Le motif qui a fait adopter, pour les premiers, ce point de départ est facile à saisir. Les intérêts ne courent de

plein droit que dans les cas et en faveur des personnes spécialement désignées par la loi. Dans toutes les autres hypothèses, le législateur exige la mise en demeure de la part du créancier; il suppose que le silence gardé par celui-ci est le résultat d'une convention avec le débiteur. La demande de paiement réalisée, cette présomption s'évanouit, et il n'existe plus aucune raison pour refuser ce qui représente la jouissance de la somme qui, par le contrat, devrait se retrouver aux mains du créancier.

Mais si le silence gardé par celui-ci est la conséquence d'un dol pratiqué à son encontre, il est évident qu'on ne saurait lui en imposer la responsabilité. On ne verrait dans un silence de cette nature, qu'un acte imposé par une véritable violence morale, et l'on présumerait naturellement que le créancier eût fait valoir son droit, s'il avait été libre de le faire. C'est par application de cette présomption que la Cour suprême a jugé, le 5 août 1823, que les juges peuvent faire courir les intérêts à partir d'une époque antérieure à la demande, s'il est constaté que le créancier a été mis dans l'impossibilité, par le fait de son débiteur, de réclamer plus tôt le paiement de la somme due [1].

318. — Les intérêts compensatoires diffèrent des intérêts moratoires, en ce que ces derniers ne sont que la conséquence d'une convention et de la peine de son défaut d'exécution, tandis que les premiers sont demandés et accordés à titre de réparation d'un fait dommageable ou d'un dol. On ne saurait donc les ranger sous la même règle et leur appliquer, indistinctement, la disposition de

[1] *Journal du Palais*, tom. XVIII, pag 93.

l'art. 1153. Les intérêts compensatoires sont dus du jour où l'acte qui en motive l'adjudication s'est réalisé. Les juges peuvent donc les faire partir de cette époque. C'est un principe consacré par la jurisprudence.

Ainsi il a été jugé :

1° Que lorsque les intérêts sont accordés pour réparation d'un fait dommageable, notamment pour inexécution d'un mandat, ils peuvent être accordés à partir d'une époque antérieure à la demande formée par le mandant contre le mandataire [1] ;

2° Que celui qui fait illégalement procéder à la vente d'objets possédés par un tiers peut être condamné, à titre de dommages-intérêts, aux intérêts du prix de la vente, à partir du jour même de cette vente [2].

Mais la différence que nous venons de signaler, motivant une exception à la règle de l'art. 1153, en entraîne une importante dans l'application. Ainsi, les intérêts moratoires courent de plein droit du jour de la demande et sont indépendants de la preuve d'un préjudice quelconque. Les intérêts compensatoires, au contraire, n'étant qu'une indemnité du préjudice souffert, c'est à celui qui les réclame à prouver préalablement ce préjudice, faute par lui de remplir cette obligation, il ne saurait lui en être alloué aucuns.

319. — L'art. 130 du Code de procédure civile nous offre un nouvel exemple de dommages-intérêts déterminés par la loi. En effet, cet article, en disposant que la partie qui succombe supportera les dépens, semble borner à

[1] *J. du P.*, Cass., 30 janvier 1826.
[2] *J. du P.*, Cass., 31 janvier 1832.

leur paiement la peine du téméraire plaideur, quel qu'ait été d'ailleurs le mobile de son action.

320. — Cependant la jurisprudence paraît se départir de ce que cette règle pourrait avoir d'absolu. Il est, on le sait, des procès d'une nature si odieuse, d'une iniquité si flagrante, qu'on ne peut voir dans leur poursuite qu'une spéculation sur le scandale d'une injuste diffamation. Les dépens sont une réparation bien minime en présence du tort grave que l'issue même favorable n'empêche pas le défendeur de subir. Est-ce donc là l'unique satisfaction qu'on doive lui accorder?

Nous considérerions l'affirmative comme un malheur et un danger. La peine infligée par la loi au plaideur qui, de bonne foi s'est trompé sur l'étendue de ses droits, est insuffisante pour celui qui, sciemment et dans l'intention de nuire, a soutenu un procès sans autre but que d'obéir à des passions mauvaises. C'est donc à démêler l'intention du demandeur, que la justice doit appliquer sa prudente sagacité, et si cette intention, si les moyens employés sont vexatoires et odieux, elle doit appliquer une peine plus forte que les dépens de l'instance[1]. C'est en usant de cette faculté avec un sévère discernement qu'on arrivera à prévenir ces contestations qui affligent et blessent la justice.

321. — La Cour d'Aix vient d'en faire une remarquable application. Le comte de Castellanne s'était emparé des mines de houille que les hoirs Coulomb soutenaient être leur propriété. De là un procès dans lequel le comte de Castellanne avait employé les moyens les plus rigou-

[1] *J. du P.*, Cass., 11 janvier 1837; — V. cy. arrêt [illegible] du 1er juin 1844, rapporté par le *Droit*, 7 juin 1844, n° 131.

reux et suscité toute espèce de difficultés. Nous en trouvons le résumé dans l'arrêt qui, reconnaissant la propriété des hoirs Coulomb et l'injustice des prétentions de leur adversaire, condamne ce dernier à restituer les mines et à 50,000 fr. de dommages-intérêts.

« Considérant, dit la Cour, qu'il est irrévocablement jugé que le comte de Castellanne a usurpé la propriété des hoirs Coulomb, et qu'il doit une indemnité à raison de cette usurpation, qu'il est constant que l'indue jouissance du comte de Castellanne a duré trente-quatre ans, de 1809 à 1843 ;

« Que pour se maintenir dans son usurpation et se soustraire à la réparation due à ceux qu'il a dépouillés, il les a poursuivis sans relâche devant toutes les juridictions, de telle sorte qu'en y comprenant le présent arrêt, il est intervenu entre eux et lui quarante décisions, tant administratives que judiciaires ;

« Qu'au nombre de ces décisions, il existe onze jugement et arrêts rendus en matière correctionnelle :

« Que sur la dénonciation expresse du comte de Castellanne, quatre des hoirs Coulomb furent poursuivis criminellement, comme inculpés de vol à main armée ; que Joseph Coulomb, l'un d'eux, fut renvoyé par la chambre du conseil ; mais que trois autres : Marie Deleuil veuve de Jean-Joseph Coulomb, Lazare Coulomb et Joseph Brun furent mis en prévention par ordonnance du 14 février 1833, qui fut réformée par arrêt du 29 mars suivant ; que Joseph Brun fut arrêté le 4 janvier 1833, en vertu d'un mandat d'amener décerné contre lui, et qu'il fut détenu à Marseille pendant trois mois, n'ayant été mis en liberté qu'en exécution de l'arrêt d'Aix, en date du 29 mars ; que pendant le même délai, la veuve Deleuil et

Lazare Coulomb, qui avaient pris la fuite furent obligés de se tenir cachés pour se soustraire à l'exécution de semblables mandats décernés contre eux ;

» . . . . . .

» Considérant qu'en présence de déclarations aussi explicites, il est impossible d'admettre que c'est de bonne foi que Castellanne a pris possession des mines existantes dans les propriétés des hoirs Coulomb, que c'est de bonne foi qu'il s'est maintenu durant trente-quatre ans dans cette indue jouissance, qu'il résiste depuis trente-six ans aux justes réclamations des hoirs Coulomb, et qu'à l'appui de sa résistance il n'a pas craint d'invoquer contre eux le concours et l'assistance de l'autorité, de les poursuivre par les voies correctionnelles et criminelles, de leur faire subir une longue prison préventive, de les traîner soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux administratifs, dans des luttes incessantes et dispendieuses, qui ont été pour eux une source de ruine et de misère;

» Qu'une usurpation si flagrante, si longtemps prolongée, soutenue par de si coupables manœuvres, et dont les fastes judiciaires n'offrent peut-être pas d'exemple, impose aux magistrats le devoir de déployer une juste sévérité dans l'adjudication des dommages-intérêts réclamés de ce chef ».

322.— L'action en dommages-intérêts ne peut être intentée et poursuivie que contre l'auteur du dol. Elle ne saurait, dans aucun cas, atteindre celui qui se serait substitué dans la possession de la chose ayant fait la matière du contrat primitif, si ce dernier a traité avec bonne foi.

Conséquemment, et alors même qu'il s'agirait d'un objet soumis à revendication, et que le tiers-acquéreur serait cité en commune exécution du jugement à intervenir, cette commune exécution ne saurait être requise au chef qui condamnerait l'auteur du dol à une réparation pécuniaire. Il en serait autrement si le tiers détenteur s'était rendu complice du dol. Nous avons déjà dit que cette complicité résulterait, non-seulement, de la simulation du titre qui lui a transmis l'objet revendiqué, mais encore de la simple connaissance de l'origine des droits de son cédant. La preuve de l'une de ces circonstances obligerait le tiers à restituer la chose revendiquée, et en outre à payer les dommages-intérêts auxquels il pourrait être conjointement condamné.

323. — En matière de vente d'objets mobiliers, l'auteur du dol peut ne pas être connu. C'est ce qui peut se réaliser lorsqu'un acquéreur trompé revend lui-même de bonne foi à un tiers la chose qui lui a été transmise par dol.

Le possesseur ne connaît que celui qui lui a transmis la chose, il ne peut donc poursuivre la réparation qui lui est due que contre ce dernier.

Mais cette réparation sera ordonnée d'une manière bien différente, selon qu'elle est requise contre l'auteur du dol ou contre le vendeur immédiat. La bonne foi de celui-ci ne laisse à sa charge que les dommages-intérêts résultant de la privation de la chose elle-même : *Propter rem ipsam non habitam*, tandis que l'auteur du dol serait tenu intégralement du préjudice occasionné directement par son fait.

Il importe donc au possesseur de le connaître. Son

intérêt lui en fait même un devoir. Il a donc le droit d'exiger de son vendeur qu'il lui déclare le nom de celui de qui il tenait lui-même la chose, qu'il lui indique les circonstances pouvant établir ou faire présumer le dol; en cas de refus, il a le droit de soutenir et de prouver que ce refus n'est pas sincère, qu'il n'a été dicté que par une connivence coupable avec l'auteur du dol. Cette preuve peut être orale, car dissimuler sciemment en pareille matière, c'est se rendre complice du dol. Cette dissimulation, en effet, ne peut avoir d'autre objet que d'assurer l'impunité au coupable et de concourir ainsi à la consommation du dol.

Si le vendeur interpellé donne les renseignements demandés, le tiers acquéreur pourra actionner directement le premier possesseur, sans mettre en cause celui de qui il tient lui-même la chose. Que le premier vendeur soit tenu envers le tiers, c'est ce qui ne saurait être contesté. Il suffit qu'un dol ait été commis, pour que celui qui en a été victime ait le droit de poursuivre, contre son auteur, la réparation du préjudice qu'il éprouve. Qu'importe que celui qui a traité avec l'auteur du dol ait évité lui-même tout dommage en revendant la chose qu'il avait achetée. Celui-ci, comme l'enseignent Dumoulin et Pothier, ne saurait trouver dans cette revente un moyen de s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui. D'autre part, celui qui a revendu a cédé, avec la chose elle-même, tous les droits qu'il aurait pu faire valoir à son endroit. Le cessionnaire peut donc les utiliser comme son cédant aurait pu le faire lui-même.

Mais l'action intentée contre l'auteur du dol libère le possesseur intermédiaire de toutes les conséquences de la revente, même de l'obligation de restituer le prix qu'il

a reçu. Sans doute, celui qui a souffert du dol a une double action à exercer : l'une contre son vendeur immédiat, l'autre contre l'auteur du dol. Mais ces deux actions s'excluent l'une l'autre, et la poursuite de la dernière épuise les droits du demandeur. Que pourrait-il demander contre celui qui, de bonne foi, a traité avec lui? la restitution de prix, les dépenses faites pour opérer le remplacement de la chose qui a péri. Or, tout cela, il peut l'exiger et doit l'obtenir de celui qu'il a préféré attaquer. En effet, alors même que celui-ci justifierait de sa bonne foi, il ne serait pas moins tenu du dommage *propter rem ipsam non habitam*, et, nous l'avons dit, ce dommage comprend les deux articles que nous venons de rappeler [1].

Ainsi le plaignant peut, à son choix, exercer l'une ou l'autre des deux actions qui lui sont ouvertes. Mais, ce choix fait, il ne serait plus recevable à revenir contre celui qu'il aurait d'abord négligé, excepté qu'il s'agit de l'auteur du dol. A plus forte raison en serait-il ainsi dans le cas où l'auteur du dol n'était pas connu au moment où le procès contre le vendeur intermédiaire a été poursuivi. Sa découverte postérieure donnerait contre lui une action en paiement du solde des dommages que la bonne foi du défendeur aurait empêché d'allouer au poursuivant.

324. — De la nature du fait motivant la condamnation en matière de dol, il résulte :

1° Que l'adjudication des dommages-intérêts doit être solidairement prononcée contre tous ceux qui sont tenus comme auteurs ou complices ;

[1] Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 53 ; — Pothier, *De la vente*, n°s 216, 217.

2° Que son paiement peut être placé sous la garantie de la contrainte par corps contre chacun de ceux qui y sont obligés [1].

325. — La solidarité est ici la conséquence de l'indivisibilité de la cause de l'obligation. Il n'y a, en effet, dans le principe de l'obligation, qu'un fait unique, à savoir : le dol, c'est-à-dire un ensemble de manœuvres exécutées dans le dessein de nuire, et ayant occasionné un préjudice. Il est donc impossible, soit matériellement, soit intentionnellement, de décomposer ce fait et de déterminer les proportions dans lesquelles il sera imputable à chacun de ceux qui y ont concouru. Telle manœuvre, reprochée à l'un et à l'autre, n'aurait pas suffi pour caractériser le dol. Ce qui le constitue, c'est la réunion de toutes celles qui ont été pratiquées. Le fait de tous devient donc le fait de chacun, et le fait de chacun celui de tous. Conséquemment, la réparation est due par tous et par chacun, *per totum et totaliter*.

Ce caractère créait donc inévitablement la solidarité qui, du reste, n'a jamais été contestée par personne. Dumoulin en prend texte pour distinguer le dol de la simple faute, qui n'oblige ceux qui l'ont commise qu'à concurrence de la part qui leur est reprochable. Pothier se contente de l'énoncer comme un principe incontestable.

326. — La question n'a jamais été débattue sous l'empire du Code civil. Mais dans les débats qui ont surgi sur celle de savoir si les quasi-délits obligeaient solidairement, on a excipé précisément de la doctrine que nous ve-

* [1] Voy. note sous le n° 329.

nons d'établir, pour conclure à l'affirmative lorsque le quasi-délit a une cause indivisible [1].

Par suite, la Cour d'Aix a jugé, le 1er mars 1826, que lorsque la cause du dommage occasionné à une propriété est indivisible, il y a lieu de prononcer la solidarité contre les auteurs du dommage; qu'ainsi, dans le cas où, par la réunion et l'agglomération des vapeurs ou gaz émanés de plusieurs fabriques, il est causé un dommage à la propriété du voisin, il peut être prononcé, pour les dommages-intérêts adjugés à ce dernier, une condamnation solidaire contre les propriétaires des fabriques, et cela encore, bien qu'on puisse reconnaître dans quelle proportion exacte chacun des fabricants a contribué à l'agglomération des vapeurs.

La Cour ayant vu dans le fait imputé aux fabricants un

* [1] Toutes les personnes qui ont commis ensemble et de concert un délit de droit civil, c'est-à-dire un fait illicite accompagné de l'intention de nuire, et qui néanmoins ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, sont considérées comme virtuellement soumises à la responsabilité solidaire, cart. 1382, 1383). En ce sens, Merlin, *Quest. de dr.* v° Solidarité, § 11; Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 143, 173 et suiv; Larombière, II, art. 1202, n° 22; Aubry et Rau, IV, § 298 *ter*; *Req.* 3 juill. 1817; 12 févr. 1818; 8 nov. 1836, Sir. 36, 1, 801; 7 août 1837, Sir. 37,1,889; 7 mai 1839, Sir. 39,1, 483; Civ. cass. 29 déc. 1852, Sir 53,1, 91; *Req.* 14 déc. 1859, Sir. 60,1,253; 18 août 1862, Sir. 63, 1,265; 12 janv. 1863, Sir. 63, 1, 249; Civ. rej. 14 août 1867, Sir. 67, 1, 401; 25 juill. 1870, Sir. 72,1,122; 9 déc. 1872, Sir. 73,1,11. — *Contra*, Toullier, XI, 161; Duranton, XI, 194; Marcadé, sur l'art. 1202, n° 2; Laurent, XVI, n° 319 et suiv.

La jurisprudence décide même que le préjudice causé par la réunion de plusieurs faits dommageables, non accompagnés de l'intention de nuire, c'est-à-dire de plusieurs quasi-délits doit, lorsque le résultat en est indivisible, être solidairement réparé par ceux qui en sont les auteurs, quoi qu'il n'ait existé entre eux aucun concert ni aucune communauté d'intérêts. *Req.* 11 juillet 1826; 3 mai 1827; 8 nov. 1836, Sir. 36,1,801; 4 mai 1859, Sir. 59,1, 377.

quasi-délit, sa décision était attaquée en Cassation sous un double rapport. L'acte reproché, disait-on, était un quasi-contrat et non un quasi-délit. On ne pouvait donc lui appliquer les principes qui régissent ces derniers ; dans tous les cas, ajoutait-on, la cause du préjudice étant parfaitement divisible, puisque chacun des fabricants agissait séparément et isolément, la condamnation solidaire ne pouvait se justifier, d'autant plus qu'il était facile de vérifier l'importance relative de la masse des vapeurs provenant de chaque fabrique.

Mais le pourvoi fut rejeté au rapport de M. Lasagni, qui rappelait les principes devant préparer la solution de la difficulté. « Il ne faut pas confondre, disait cet éminent magistrat, la simultanéité avec l'indivisibilité du fait ; si le fait individuel de chaque fabricant n'était pas nuisible, la simultanéité de ces faits devenait la cause du dommage. Or ce ne sont pas les faits individuels et isolés de chaque obligé, mais la cause elle-même qui rend indivisible l'obligation.

« De ce que, dans l'espèce, l'obligation résulte d'un quasi-délit, s'ensuit-il que les juges pouvaient prononcer une condamnation solidaire? Cette question serait fort douteuse. La jurisprudence l'a admise en cas de dol et de fraude, il ne s'agit ici que de faute, et elle n'est assimilée au dol que lorsqu'elle est lourde. Aussi, en cas de quasi-délit, ne prononçait-on la solidarité que lorsque le fait imputé était de sa nature indivisible. »

La Cour de cassation reconnut l'indivisibilité qu'elle fit résulter, en droit, de ce fait qu'à raison des rapports entre le créancier et le débiteur, la dette n'est point susceptible d'une répartition proportionnelle et d'une prestation particulière [1].

[1] 3 mai 1827, D.P., 27, 1, 228.

Ce caractère est surtout propre au dol, il ne faut donc pas s'étonner que de tous les temps et sous toutes les législations, on ait admis, en principe, que l'obligation qui en résulte est indivisible dans la cause, et que dès lors l'exécution doit en être solidairement prononcée contre tous ceux qui en sont tenus [1].

327 — La contrainte par corps, en matière civile, est loin d'être aujourd'hui ce qu'elle a été sous les précédentes législations.

Ainsi le droit romain avait laissé les citoyens libres de la stipuler et de s'y soumettre pour toute sorte d'engagements. Elle était de plein droit encourue pour cause de stellionat et de dol; elle était de plus considérée comme une voie ordinaire d'exécution des jugements. Le débiteur condamné, qui n'avait pas satisfait au jugement, pouvait, après discussion de ses biens, être contraint par corps, il n'était libéré de cette contrainte que par la cession des biens [2].

Cet état des choses avait formé pendant longtemps le droit commun de la France. La seule modification qu'il eût subi, fut celle introduite par l'art. 48 de l'ordonnance de Moulins, en vertu de laquelle le jugement de condamnation ne dut plus ordonner la contrainte par corps, mais il était loisible au créancier de la faire prononcer par un second, si après quatre mois révolus le débiteur n'avait pas satisfait au premier.

L'ordonnance de 1667 ouvrit une ère nouvelle, l'article 4 du trente-quatrième titre abroge formellement l'art. 48 de la précédente, et fait disparaître la faculté d'obtenir

[1] Cass. 3 juillet 1817, 21 février 1818; Sirey, 18, 1, 339; 19, 1, 139.
[2] L. 1, Cod. *Qui bonis cedere possunt.*

la contrainte après quatre mois du jugement de condamnation. Ce droit est seulement conservé : 1° contre les tuteurs pour le reliquat de leur compte tutélaire; 2° contre tous autres pour les dépens adjugés, s ils montent à 200 liv. et au-dessus; pour les restitutions des fruits et pour les dommages-intérêts au delà de 200 livres.

Puis l'art. 6 fait défense à tous *de passer à l'avenir, aucuns jugements, obligations ou autres conventions portant contrainte par corps, à tous greffiers, notaires et tabellions, de les recevoir, et à tous huissiers et sergents de les exécuter. Encore que ces actes aient été passés hors du royaume, à peine de tous dépens, dommages-intérêts.*

Dès cette époque, la règle générale devint l'exclusion de la contrainte par corps en matière civile. Elle ne put être convenue ou prononcée que dans des cas exceptionnels, formellement prévus par la loi. Les art 1, 4, 5 et 7 de l'ordonnance établissent et énumèrent ces exceptions.

Ainsi disparut cette arme si puissante que l'avidité savait si largement exploiter. La liberté individuelle fut garantie contre la faiblesse des uns et les exigences immodérées des autres. Une règle salutaire et juste fut substituée à l'arbitraire de tous,

328. — Le Code civil a, sur tous les points, consacré le système de l'ordonnance de 1667. Ainsi aujourd'hui, comme alors, la contrainte par corps n'a lieu, en matière civile, que dans les cas qui sont ou seront prévus par une loi formelle [1]. En l'absence d'une disposition de ce genre, l'art. 2063 fait défense à tous juges de la prononcer, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels

*[1] Voy. la loi du 22 juillet 1867, qui supprime la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

elle serait stipulée, et à tous Français de consentir de pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étrangers, le tout à peine de nullité, dépens et dommages-intérêts.

L'art. 2065 va plus loin encore; même dans les cas prévus par la loi, la contrainte par corps ne peut être prononcée que pour une somme s'élevant à plus de 300 francs [1].

329. — Remarquons que l'art. 2059, qui commande la contrainte par corps pour le stellionat, se tait sur les autres espèces de dol. Ce silence aurait suffi, en l'état de la disposition de l'art. 2063, pour faire refuser la contrainte. Mais il a été rompu par l'art. 126 du Code de procédure civile, qui permet au juge de l'ordonner, lorsque les dommages-intérêts dépassent la somme de 300 fr [2].

330. — Cet article modifie sous un triple rapport l'art. 2 du titre 34 de l'ordonnance de 1667. D'abord,

* [1] Voy. la note sous le nº 329.

* [2] Les condamnations en dommages-intérêts prononcées à raison d'un délit civil pouvaient autrefois être rendues exécutoires par voie de contrainte par corps, en vertu des dispositions spéciales de la loi, ou par application du premier alinéa de l'art. 126 du Code de procédure. Mais il n'en est plus ainsi depuis la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile (art. 1er).

Cette contrainte n'a lieu qu'autant qu'il s'agit de condamnations prononcées pour réparation de dommages causés par des infractions dont la répression est dévolue à la juridiction criminelle. *Voy* art. 5, *in fine*, L. 22 juillet 1867.

En outre, si un fait n'a été l'objet d'aucune condamnation en justice répressive, le tribunal civil devant lequel est intentée l'action en dommages-intérêts, ne peut appliquer les articles 52 et 469 du Code pénal, bien que ce fait soit présenté comme constituant une infraction à la loi pénale. *Voy*. art. 5, 2, 3, et 4, L. 22 juillet. 1867.

quant à la sanction de la contrainte par corps, le jugement de condamnation doit aujourd'hui la prononcer, tandis que l'ordonnance obligeait le créancier à la requérir quatre mois après le jugement accordant les dommages-intérêts, dans les cas prévus.

Ensuite, quant au chiffre de la condamnation, qui de 200 livr. a été porté à 300 fr.

Enfin, quant aux causes motivant la contrainte. L'ordonnance mettait sur la même ligne les dommages-intérêts et les dépens. La loi actuelle garde sur ceux-ci le plus complet silence, d'où il faut conclure, en vertu du principe que la contrainte par corps ne saurait exister que dans les cas formellement prévus par la loi, qu'on ne saurait la prononcer en matière de dépens, à quelque chiffre qu'ils s'élèvent d'ailleurs. C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est constamment prononcée [1].

La Cour de Toulouse a même jugé, le 20 février 1832, que la prohibition ne cesse pas de subsister alors même que les dépens auraient été adjugés à titre de dommages-intérêts. L'arrêt considère que les dépens prononcés par la loi contre la partie qui succombe ont un caractère spécial qu'on ne peut confondre avec les dommages-intérêts; que conséquemment la faculté accordée en ce qui concerne les dommages ne saurait être appliquée aux dépens, surtout en matière intéressant la liberté individuelle; qu'enfin ce serait violer la disposition prohibitive de la loi, si l'on autorisait la contrainte, parce qu'on aurait qualifié de dommages-intérêts une adjudication que la loi commande comme indemnité des frais exposés pour la

[1] Voy notamment Cass., 17 janvier 1832 et 30 juillet 1833; D. P. 32, 1, 79, et 33, 1, 330.

poursuite d'une action reconnue fondée, et qu'elle désigne elle-même sous le nom de dépens [1].

331. — La contrainte par corps n'est donc autorisée que pour les dommages-intérêts proprement dits, ou soit pour les sommes allouées pour la réparation du préjudice éprouvé. Doit-on comprendre sous cette désignation la valeur de la chose dont la restitution est ordonnée?

On a soutenu la négative sur le motif que l'expression de dommages-intérêts se prend dans l'acception restrictive et spéciale de ce qui est accordé indépendamment du principal. C'est, dit-on, ce qu'enseigne l'article 1630 du Code civil, qui distingue formellement, dans les cas d'éviction, la restitution du prix des dommages-intérêts que l'acquéreur évincé a le droit d'obtenir; de là, ajoute-t-on, cette conséquence qu'on ne peut confondre ce que la loi elle-même n'a pas confondu, et que la contrainte par corps, ne pouvant être appliquée qu'au paiement des dommages-intérêts, ne saurait être prononcée pour ce qui concerne la restitution du prix.

Cette opinion, dont la base unique est la disposition de l'art. 1630, ne nous paraît pas devoir être adoptée. Elle donne à cette disposition une signification que l'esprit du législateur repousse. Il est vrai qu'il y est fait mention séparément des dommages-intérêts et de la restitution du prix. Mais cet état des choses n'a pas d'autre but que de déterminer l'étendue de la condamnation, en fixant d'une manière certaine les éléments qu'elle doit comprendre.

Cet article, d'ailleurs spécial au cas d'éviction, n'est en quelque sorte qu'une reproduction de l'art. 1149, avec

[1] D. P., 32. 2, 139. — * Voy. note sous le n° 329.

lequel on doit le combiner. Il ne dit, en effet, mais en d'autres termes, que ce que ce dernier a prononcé sur les dommages-intérêts en général.

Or, aux termes de sa disposition, les dommages-intérêts comprennent non-seulement le gain dont on a été privé, mais encore la perte qu'on a pu faire. Quelle peut être la perte que peut supporter l'acquéreur, soit qu'un tiers l'évince, soit qu'il obtienne lui-même la rescision pour cause de dol? Evidemment, et en première ligne, le prix qu'il a payé et dont il doit obtenir la restitution, et si cette restitution n'est pas effectuée, il n'aura pas réellement reçu la juste indemnité qui lui est due.

Dès lors, pourquoi distinguerait-on entre cette perte et les pertes accessoires que peut entraîner l'inexécution du contrat dolosif? N'a-t-elle pas une cause identique? Pourquoi donc admettre un mode différent de réparation? C'est cependant ce que l'on consacrerait dans l'opinion que nous combattons, ce qui aboutirait à un résultat aussi inique que regrettable. En effet, les pertes occasionnées par l'inexécution du contrat atteindront rarement le degré d'importance de celles qui naîtraient du défaut de restitution du prix. C'est cependant pour les premières seules que le législateur aurait déployé toute sa sollicitude. Il serait allé jusqu'à autoriser la contrainte par corps, tandis qu'il aurait livré la restitution du prix à toutes les chances que la mauvaise foi pourra multiplier, et cela au moment même où cette mauvaise foi est prise en flagrant délit!

Cela ne serait ni juste ni rationnel. L'art. 1630 ne peut donc le prescrire. Aussi remarquons que cet article ne dit pas à quel titre la restitution du prix doit être ordonnée. Or, il suffit qu'elle le soit à titre de dommages-inté-

rêts pour que la faculté créée par l'art. 126 du Code de procédure civile soit ouverte aux magistrats.

Cette interprétation trouve une grave consécration dans les législations et la doctrine anciennes. Le droit romain, comme le droit français, a toujours admis la contrainte par corps pour la restitution du prix, ainsi que pour les autres pertes résultant de l'inexécution. Cela pouvait tenir, sous l'empire du premier, aux idées qu'on s'était créées sur cette voie d'exécution; mais en France, depuis comme avant l'ordonnance de 1667, on n'a jamais cessé d'enseigner et de pratiquer la même règle; et ce qui aux yeux des célèbres jurisconsultes de cette époque devait le faire admettre ainsi, c'est que : *Pretium rei, et quod interest, idem sunt.*

Si le Code civil a voulu s'écarter de cette règle, il s'en sera naturellement expliqué quelque part. Or nous venons de le voir, non-seulement l'art. 1630 ne fait rien présumer de semblable, mais encore c'est l'intention contraire qui résulte de l'art. 1149. Ce que celui-ci exige, c'est que les parties soient, après la rescision du contrat, remises au même état où elles étaient avant; c'est que la personne trompée soit indemnisée intégralement de toutes les atteintes que le dol a pu porter à sa fortune. Or, si c'est le véritable esprit du législateur, il n'y a plus à hésiter. Il n'est plus possible, en effet, de diviser les éléments de cette indemnité qui comprend virtuellement la restitution de tout ce qui a été payé ; et puisque l'indemnité dans son ensemble est accordée, à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps autorisée par l'art. 126, peut être demandée et ordonnée.

Il est donc encore vrai que *pretium rei, et quod interest, idem sunt,* peu importe que dans la pratique on établisse

une division en réclamant séparément la restitution du prix et des dommages-intérêts. Ce mode vicieux d'opérer, que nos anciens auteurs reprochaient aux praticiens de leur temps, ne saurait exercer aucune influence sur les véritables principes de la matière. Nous les résumons dans cette proposition déjà consacrée par la jurisprudence : l'existence constatée du dol entraîne la nécessité d'une réparation, dont l'exécution peut être assurée par la contrainte par corps ; cette réparation serait incomplète si elle ne comprenait tout ce que le créancier a déjà payé. Le remboursement du prix est donc un des éléments essentiels et doit forcément concourir à déterminer le chiffre des dommages-intérêts dont il fait essentiellement partie [1].

332. — Nous avons déjà vu que l'obligation résultant du dol, étant indivisible dans sa cause, emporte l'exécution solidaire entre tous les débiteurs, Mais cette solidarité n'est pas de plein droit. Il faut que le créancier la réclame, que le juge l'ordonne. Si elle n'a été ni demandée, ni prononcée, le paiement de la somme, adjugée à titre de dommages-intérêts, tombe sous l'application des principes ordinaires, c'est-à-dire que, s'agissant d'une somme déterminée, l'obligation se divise par portions égales entre tous les débiteurs.

Cette observation est importante pour l'application à faire de l'art. 126 du Code de procédure civile. En effet, la contrainte facultative qu'il autorise est subordonnée à une condition essentielle, à savoir : que les dommages-intérêts atteignent le chiffre de 300 fr. Or, dans le cas où le jugement ne prononcerait pas la solidarité, il ne suffirait

[1] Colmar, 7 avril 1821 ; Sirey, 21, 2, 239.—*Voy. note sous le n° 329.

pas que ce chiffre fût dépassé pour que la contrainte par corps pût être décernée contre chacun des débiteurs; elle ne saurait l'être que si la division de la somme allouée et sa répartition entre les débiteurs mettaient au moins 300 fr. à la charge de chacun d'eux. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation. Un arrêt du 3 décembre 1827 décide, en termes formels, que le jugement qui condamne deux individus à 400 fr. de dommages-intérêts, sans leur imposer la solidarité, ne peut prononcer la contrainte par corps, puisque les dommages-intérêts, divisibles entre les condamnés par moitié, ne s'élèvent pas pour chacun d'eux à 300 fr [1].

Remarquons, dans tous les cas, que la contrainte par corps, autorisée par l'art. 126 du Code de procédure civile, n'est jamais un devoir pour le magistrat. La loi lui accorde la faculté, et ne lui impose pas l'obligation de la prononcer. C'est ce qui distingue cette hypothèse des cas prévus par les art. 2059 et 2060, pour lesquels la contrainte est rigoureusement prescrite [2].

333. — Au surplus, la faculté créée par l'art. 126 n'est pas tellement absolue, qu'elle ne comporte aucune exception [3]. Il est des cas où cette faculté cesse et où, par conséquent, la contrainte par corps ne saurait être prononcée. Ces exceptions sont déterminées par l'âge, l'état, la qualité du débiteur :

1° **Age.** — Les mineurs, avons-nous dit, ne sont pas relevés de leur dol. Ils doivent donc réparer le pré-

[1] *J. du P.*, année 1827.

[2] Voy. note sous le n° 329.

[3] Voy. note sous le n° 329.

judice qui en est résulté. Cependant le législateur n'a pas cru que cette réparation dût aller jusqu'à compromettre leur liberté. Il a cru que, même dans leurs écarts, on devait tenir compte aux mineurs de la faiblesse de leur âge, de leur inexpérience et de l'irréflexion qui n'est que trop souvent le mobile de leur conduite. Il les a, en conséquence, exemptés de la contrainte par corps, même dans le cas de stellionat [1].

De la disposition de l'art. 2064 du Code civil, on a conclu que puisque le mineur était affranchi de la contrainte obligatoire, il devait l'être, à plus forte raison, de la contrainte facultative. En réalité donc, même en engageant valablement ses biens, le mineur demeure absolument incapable d'engager sa personne. Ce principe est tellement certain en jurisprudence, qu'on a été jusqu'à décider que la ratification faite par un individu devenu majeur d'une condamnation avec contrainte par corps, prononcée contre lui en minorité, est radicalement nulle quant à la contrainte [2].

Ce que la raison commandait de faire pour les mineurs, l'humanité exigeait qu'on le fît pour les vieillards. La loi a donc assimilé les septuagénaires aux mineurs. Les dommages-intérêts prononcés contre eux ne donneront lieu à la contrainte par corps que s'ils sont motivés sur un stellionat [3].

2° **Etat.** — Des raisons à peu près analogues à celles qui militent pour les mineurs, ont fait assigner aux femmes et aux filles une position spéciale à l'endroit de la contrainte par corps.

* [1] Voy. art. 13 L. 22 juillet 1867.

[2] Rouen, 15 novembre 1825 : D. P., 26, 2, 73.

* [3] Voy. note sous le n° 329, et art. 14, L. 22 Juillet 1867.

Comme pour les septuagénaires, elles ne peuvent y être soumises que dans le cas de stellionat. Cette limite, nettement tracée par l'art. 2066, exclut la possibilité de prononcer contre elles cette voie rigoureuse dans aucun autre cas, et notamment dans celui prévu par l'art. 126 du Code de procédure civile.

Cependant, cet article étant postérieur à l'art. 2066, on s'est demandé s'il n'avait pas introduit un droit nouveau applicable aux femmes et aux filles. Mais on a reconnu que le législateur ayant, dans celui-ci, procédé par voie d'exclusion, avait, par cela même, exempté les femmes et les filles de la contrainte par corps, non-seulement dans tous les cas actuellement prévus, mais encore dans tous ceux à prévoir par une loi future, à moins que cette loi ne les y soumît formellement. L'article 126 gardant à cet égard le plus complet silence, sa disposition ne saurait être appliquée aux femmes et aux filles que dans les limites de l'art. 2066 lui-même [1].

3° **Qualité.** — Il est des principes tellement indiqués par la morale publique qu'on ne peut s'empêcher de les observer, alors même que par un oubli fâcheux le législateur ne les a pas formellement consacrés. L'idée, par exemple, d'accorder au père la faculté de faire emprisonner son fils, au fils ou au frère d'exécuter la contrainte contre son père ou son frère, répugnait à toutes les convenances sociales. Aussi, malgré le silence que les lois régulatrices de la contrainte par corps, y compris le Code civil, avaient gardé sur ce point, la tendance de la jurisprudence vers une exception aussi juste n'avait-elle jamais manqué de se manifester.

[1] Voy. note sous le n° 329.

La loi du 17 avril 1832 a sanctionné cette exception et comblé la regrettable lacune que laissaient les précédentes législations. L'art. 19 défend à l'avenir de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur : 1° au profit de son mari ou de sa femme; 2° de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs ou alliés au même degré.

Cette prohibition est générale, elle comprend les cas de contrainte obligatoire, comme ceux de contrainte facultative, elle s'applique même aux matières commerciales [1].

334. — L'héritier de l'auteur du dol, tenu du paiement des dommages-intérêts, ne saurait être contraignable par corps. Personne ne peut aliéner sa liberté que par un acte ou un fait émané de sa volonté. La responsabilité de l'héritier ne va jamais jusqu'à encourir la peine que son auteur avait méritée. Or, la contrainte par corps, en matière de dol, est une véritable peine. L'héritier ne peut pas sans doute profiter du dol de celui qu'il représente, mais, étranger à la faute, il doit rester étranger à toute autre peine qu'à la simple restitution par les voies ordinaires [2].

335. — Avant la loi de 1832, la durée de la contrainte par corps, en matière civile, était illimitée. Ainsi, tandis que le débiteur commercial était libéré par un emprisonnement de cinq ans, le débiteur d'une dette ordinaire était obligé d'attendre dans les prisons sa soixante-dixième année, s'il n'obtenait avant sa liberté par un

* [1] Voy. note sous le n° 329, et art. 15 et 16, L. 22 Juillet 1867.

* [2] Les héritiers de l'auteur ou du complice d'un délit, c'est-à-dire d'un fait incriminé par la loi pénale, et les personnes civilement responsables, ne sont pas contraignables par corps.

des moyens prévus par l'art. 800 du Code de procédure civile.

Cette anomalie étrange, cette sévérité outrée a fait place à un régime plus humain et plus juste. L'art. 7 de la loi du 15 avril veut que la durée de la contrainte civile soit fixée par le jugement qui la prononce. Cette durée varie d'un à dix ans pour la contrainte obligatoire, d'un à cinq ans pour la contrainte facultative, ou lorsqu'il s'agit de fermage des biens ruraux, aux cas prévus par l'art. 2069 du Code civil [1].

SECTION II

DOL DANS LE MARIAGE

SOMMAIRE

336. L'importance et la grandeur du mariage expliquent la protection spéciale dont la loi l'a entouré.
337. Dols nombreux dont il est l'occasion.
338. Que pouvait, que devait faire le législateur?
339. Exceptions au principe de l'indissolubilité du mariage.
340. Age des parties contractantes. — Consentement des parents.
341. Les précautions prises à cet égard et la sanction pénale qu'elles ont reçues ne pouvaient s'étendre au dol des époux ou de leur famille.

* [1] Voy. note sous le n° 329, et art. 9 L. 22 juillet 1867.

342. Exemple d'un mariage simulé pour acquérir des avantages conventionnels ou testamentaires. — Questions qui en naissent.
343. Solutions qu'elles ont reçues dans un arrêt fort remarquable de la Cour d'Aix.
344. Remarque et observations du directeur du *Journal du Palais*.
345. Elles n'infirment en rien l'autorité de l'arrêt et l'applicabilité de la doctrine.
346. En ce qui concerne les époux, il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas eu de consentement spontané et libre.
347. Faut-il appliquer à ce consentement les règles prescrites par l'art. 1109.
348. Disposition de l'art. 180; n'a-t-il eu en vue que l'erreur sur la personne physique.
349. Arrêts ayant admis des analogies.
350. Opinion conforme de Toullier.
351. Réfutation.
352. Le dol ayant été terminé le mariage ne peut le faire annuler, mais il pourrait motiver la séparation de corps.
353. La séparation ne saurait être refusée au conjoint ayant épousé par erreur une personne condamnée à une peine afflictive et infamante.
354. *Quid* si la peine a entraîné la mort civile?
355. Délai de l'action en séparation.
356. Le dol exercé sur les conventions matrimoniales produit les mêmes effets que dans les contrats ordinaires.
357. Impuissance. — Différence entre l'Eglise romaine et française, quant à ses effets.
358. A dater du XIIme siècle, l'Eglise romaine elle-même admit la nullité en principe. — Mais difficulté sur le mode de preuve.
359. Utilité de ce coup d'œil historique.
360. Justice de la nullité du mariage célébré par l'impuissant.
361. Motifs qui la firent repousser par les auteurs du Code.
362. En est-il de même pour l'impuissance accidentelle?

363. Opinion affirmative de Toullier.
364. Réfutation.
365. Résumé de la matière.

336. — Le mariage est un des actes les plus importants, les plus solennels de la vie. Son but est nettement tracé dans les paroles du célèbre Portalis le définissant : la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée.

La grandeur de ce but explique et justifie suffisamment la protection spéciale dont le mariage a été l'objet de la part des diverses législations qui se sont succédé, les formes imposantes qui l'ont sans cesse entouré. Mais, il faut le dire avec regret, elle n'a pu le défendre contre les manœuvres déloyales qui servent quelquefois à le préparer.

337. — Il n'est, en effet, aucune matière où le dol puisse être, et soit plus largement exploité. Ici la sainteté du lien n'a pu empêcher qu'il ne devînt l'instrument d'une vile, d'une odieuse spéculation; là les promesses les plus séduisantes, les manœuvres les plus hardies pour donner le change sur l'état de fortune des futurs; on a même vu des personnes qui, pour persuader de leurs ressources, obtiennent et produisent des baux fictifs à l'aide desquels des immeubles, en réalité peu importants, paraissent produire des revenus considérables.

D'autre part, que d'efforts, que de mensonges pour déguiser la véritable condition des parties contractantes. C'est sous le dehors de la plus austère piété, de la vertu

la plus sévère, que se cachent la débauche et l'inconduite. Des forçats, portant sur leur épaule le signe indélébile de leur honte, ont osé souiller de leur contact des familles honorables, au sein desquelles les ont introduits les plus infâmes artifices.

Eh puis! le mariage célébré, le voile tombe, la fortune s'évanouit; cette parole, dont le doute eût paru une injure pour la famille dans laquelle on va entrer, n'a été qu'un piège; les qualités recherchées ont disparu. Restent la confusion, les regrets, et quelquefois la honte d'un lien qu'on ne cessera de maudire, heureux encore si un mariage, sortable sous plus d'un rapport, n'a pas enchaîné la force et la santé à la maladie ou à l'impuissance; le vivant au cadavre.

338. — Quel parti devait prendre le législateur contre de pareilles éventualités? S'il eût pu obéir aux inspirations qu'elles font naître, il n'eût pas hésité à dissoudre les liens ainsi formés. Mais la matière était trop grave pour pouvoir permettre d'obéir à ce sentiment équitable et juste. L'importance du mariage, la position des époux, les conséquences naissant pour chacun d'eux de sa célébration, tout commandait une extrême prudence.

Le mariage touche, en effet, aux intérêts sociaux les plus élevés. Il est la source des familles qui, suivant l'expression de M. Portalis, sont la pépinière de l'Etat. Sa célébration, solennisée par la loi civile est consacrée par la religion elle-même. C'est sous la double égide des préceptes humains et sacrés que se place la nécessité de sa stabilité; laisser celle-ci flotter au gré des passions et des événements produits par la mauvaise foi, c'était autoriser une atteinte à tout ce que l'homme doit respecter et honorer.

D'ailleurs, que, dans les transactions ordinaires, la loi prononce la nullité du contrat, il lui est facile de remettre les parties au même état qu'auparavant. Pouvait-il en être ainsi pour le mariage? La cohabitation, qui en a été une conséquence immédiate, n'aura-t-elle pas pour l'un des époux les effets les plus déplorables? L'épouse trouvera-t-elle un autre établissement, à peine sortie des bras de celui qui l'a délaissée? C'est donc un avenir plein de douleurs et de regrets que lui préparait l'annulation de son mariage. Et puis, si cette cohabitation a laissé des traces, quelle sera la position des enfants à naître de ce funeste lien? Seront-ils condamnés à gémir d'une faute qui leur a été étrangère, eux, orphelins avant leur naissance, quoique conçus sous l'égide d'un lien autorisé par la loi et béni par la religion?

Eh! ce serait souvent pour un intérêt pécuniaire qu'on irait braver tant et de si graves inconvénients, alors même que le conjoint serait fort innocent de la déloyauté de sa famille! Evidemment ce qui aurait été juste pour l'un des époux, serait devenu pour l'autre une cruauté injustifiable. Aussi a-t-on préféré, et l'on devait le faire, s'arrêter au principe de l'indissolubilité du mariage, se reposant, d'un côté, sur les précautions que l'intérêt de chacun commande de prendre avant de le conclure, et de l'autre sur l'amour du père de famille. Personne, en effet, ne peut se le dissimuler, déterminer un mariage, à l'aide d'un des moyens que nous avons indiqués, c'est jouer le sort de son enfant sur un coup de dé. Le désappointement qui naît de la découverte du dol, le ressentiment que souvent on en éprouve, compromet le bonheur des époux et trouble la tranquillité du ménage. Peut-être est-ce là qu'il faut trouver la cause d'un si grand nombre de mariages malheureux.

339. — Cependant le principe de l'indissolubilité du mariage a reçu quelques exceptions. Malgré les considérations qui précèdent, le législateur s'est, dans certains cas, prononcé pour l'annulation du lien. Mais, en examinant chacune de ces hypothèses, on peut se convaincre qu'un intérêt général et public exigeait une pareille détermination. Il n'y a, en effet, nullité, que lorsque le mariage a été contracté contrairement aux prescriptions relatives à l'âge des parties, à la publicité de sa célébration, aux consentements requis, aux empêchements de consanguinité. Or, le maintien de ces prescriptions est incontestablement d'ordre public.

340. — L'Etat ne saurait voir avec indifférence tout ce qui tient à la reproduction de sa population. Il lui appartenait donc de régler l'âge auquel on pourra consentir un mariage sans préjudice pour lui, sans danger pour les époux eux-mêmes. Les formes qui entourent le mariage deviennent le plus sûr garant de l'exécution de la volonté du législateur, il ne pouvait donc en laisser l'observation au gré des caprices des parties. Enfin, son devoir le plus impérieux était de veiller à ce que des unions contractées contre le vœu du père de famille ne vinssent point fouler au pied les droits de la puissance paternelle et d'empêcher celles que la nature réprouve et que la morale condamne.

Or, comment obtenir ce résultat autrement que par une sanction pénale énergique contre ceux qui auraient contrevenu aux dispositions prises à cet effet? La nullité du mariage a donc été sanctionnée. Mais que de précautions pour rendre en quelque sorte impossible cette pénalité ! Qu'on jette un coup d'œil sur les devoirs impo-

sés à l'officier public, sur les justifications qu'il doit exiger avant de procéder à la célébration, et dont la violation ou l'oubli est de nature à être puni d'une peine corporelle. En faisant de ce fonctionnaire le complice obligé des contraventions commises par les époux, la loi a, par cela même, rendu ces contraventions fort difficiles. Aussi voyons-nous que si les tribunaux ont eu quelquefois à les réprimer, c'est qu'il s'agissait de mariages célébrés à l'étranger et souvent dans l'unique but de se soustraire aux exigences de la loi française.

La loi a donc été conséquente au but que nous avons indiqué, à savoir : de laisser au mariage ce caractère d'indissolubilité et de stabilité qui en est l'essence. Si des raisons graves l'ont déterminée à admettre quelques exceptions, elle ne l'a fait qu'après avoir confié à ses agents la faculté et le devoir de prévenir la réalisation des faits qui les constituent, et rendu ainsi, sinon tout à fait impossibles, du moins extrêmement rares les occasions d'appliquer la peine réservée à ces exceptions.

341. — Mais contre le dol des époux, de leur famille la loi ne pouvait prendre aucune précaution. Aussi n'a-t-elle voulu le punir que dans des limites extrêmement bornées. C'est ce dont nous allons nous convaincre en parcourant les diverses hypothèses dans lesquelles ce dol peut se réaliser.

342. — Avant d'entrer dans l'examen des effets du dol dans la préparation et dans la célébration du mariage, nous devons parler d'un cas dans lequel le mariage n'est qu'un moyen dolosif pour acquérir des avantages conventionnels ou testamentaires dépendants de son existence.

Exemple : Paul a légué à Pierre une somme plus ou moins importante, à condition qu'il se mariera. Pierre désireux de cumuler les douceurs du célibat et les profits du legs, contracte un mariage. Ce mariage a toutes les formes extérieures requises. Cependant, au fonds, il n'a rien de réel. Concerté entre les deux prétendus époux, il est aussitôt rompu que formé et ne reçoit aucune exécution. Cependant Pierre, prétendant avoir rempli la condition exigée, demande la délivrance de son legs. Cette demande doit-elle être accueillie?

Cette hypothèse, qui paraît purement imaginaire, s'est cependant présentée, ainsi que nous allons le voir. Elle offre à décider la question de savoir si des tiers peuvent quereller de simulation un mariage non attaqué par les ayants droit et si, en supposant l'affirmative, les tiers sont dans l'obligation d'en faire prononcer la nullité pour se refuser à remplir la convention subordonnée à son existence.

343. — La solution de ces deux questions se trouve consacrée dans l'espèce suivante, jugée par la Cour d'Aix, le 4 mars 1813 :

« En 1753, testament de Nicolas-Thomas Ardizzoni, avocat à Taggio, en Ligurie, par lequel il lègue l'usufruit de ses biens à sa femme, en la chargeant de constituer à ses filles, non encore mariées, une dot convenable et, au surplus, institue pour son héritier son fils Jean Ardizzoni, son fils médecin.

» Il faut observer que, suivant les lois liguriennes, la dot, constituée aux filles par testament, ne leur était acquise que par le mariage; à défaut de mariage, elles n'en avaient que l'usufruit et le fonds demeurait propre aux mâles.

» En 1765, la veuve Ardizzoni fit aussi son testament, par lequel elle institua pour son héritier le même Jean Ardizzoni, son fils; et, en vertu des pouvoirs à elle donnés par son mari, elle constitua à chacune de ses filles, Jeanne et Brigitte, non encore mariées, une dot de 5,000 fr., argent de Gênes hors banque, dont, au cas où elles ne se marieraient pas, elle leur interdit la disposition au profit de tout autre que leur frère ou ses héritiers, sauf une somme de 200 fr. pour le salut de leur âme. Cette disposition fut approuvée le même jour par Jean Ardizzoni, héritier institué.

» Celui-ci fit aussi son testament en 1768. Il légua l'usufruit de ses biens à sa femme et à Brigitte, sa sœur, institua ses trois fils ses héritiers, ordonna que sa femme et sa sœur demeureraient avec ses enfants, à peine de déchéance de l'usufruit légué, et, en cas de mariage de l'une ou de l'autre, ou de leur séparation d'une manière quelconque d'avec ses enfants, il les réduisit à leur dot respective.

» Jean Ardizzoni a survécu longtemps à son testament. En 1791, il souscrivit une obligation sous seing privé d'une somme de 300 fr. au profit de Jeanne, sa sœur, alors veuve d'un sieur Boëri, et celle-ci est morte après avoir fait un testament par lequel elle avait institué pour son héritière Brigitte, sa sœur.

» Jean Ardizzonni n'est décédé qu'en 1795. Deux ans après, Brigitte a quitté ses neveux, au moyen de quoi elle a perdu la portion de l'usufruit qui lui était léguée et s'est trouvée réduite aux seuls intérêts de la dot, car, n'étant pas mariée, elle ne pouvait en exiger le fonds.

Pour vaincre cet obstacle, voici à quel moyen elle eut recours :

» Le 29 octobre 1798, il fut célébré ou il parut se célébrer un mariage entre Brigitte et un nommé Luc Admiranti, mendiant de profession. Cet homme était alors malade dans un hôpital. Il fut représenté à la célébration par un sieur Carli, prêtre, en vertu d'une procuration portant, outre ce pouvoir, une cession de droit ainsi conçue : « *Et comme ledit Admiranti ne veut pas se mêler du recouvrement de la dot, droits dotaux et legs pieux qui compètent à la future, il cède et transporte audit sieur Carli, présent et acceptant, tous les droits, raisons et actions qui lui compètent ou peuvent lui compéter, soit à l'égard de ladite dot, soit à l'égard desdits droits dotaux et legs pieux, en le subrogeant à sa place en ses droits et en le constituant, par procuration, son procureur* **ad votum et cum libera tanquam ut alter ego,** *en sorte qu'on ne puisse lui opposer le défaut d'aucun pouvoir.* »

» Il paraît constant que Brigitte n'a jamais vu son prétendu mari, qui a continué son métier de mendiant et qui est mort en 1800.

» Les choses sont restées en cet état jusqu'en 1807, époque à laquelle Brigitte, se disant veuve Admiranti, fait assigner ses neveux au tribunal de première instance de San-Remo pour se voir condamner à lui payer : 1° la somme de 5,000 fr., monnaie de Gênes, avec intérêt; un trousseau ou sa valeur; 2° la portion de l'usufruit à elle léguée par son frère depuis le 7 mars 1795 jusqu'au jour de son mariage; 3° 1,600 fr. qui restaient dus sur la dot de sa sœur Jeanne, dont elle était héritière instituée; 4° les 300 fr. à elles dus suivant le billet souscrit à son profit par le défunt Jean Ardizzoni.

» Ses neveux l'ont soutenue non recevable sur tous les chefs. Ils ont surtout révoqué en doute le mariage; mais elle a rapporté l'acte de sa célébration, ils l'ont alors querellé de simulation et de fraude. Condamnés en première instance, ils émirent appel et reproduisaient devant la Cour les moyens repoussés par le Tribunal.

» Au système de simulation et de fraude dans le mariage, l'intimée répondait : On ne peut contester un mariage célébré dans les formes prescrites par les lois du pays où il a été contracté ; le soutenir simulé sans l'arguer de nullité, c'est une contradiction... La cohabitation des époux n'est pas essentielle au mariage; c'est un contrat qui se forme par le seul consentement, et le défaut par les parties d'accomplir les obligations qu'il impose n'annule ni altère le lien qui n'en existe pas moins. En dernière analyse, le mariage est un acte de l'état civil qui ne peut être simulé ni querellé comme tel. Il suffit qu'il existe et qu'il soit prouvé par écrit, pour réaliser la condition des libéralités faites dans le cas où il y aurait mariage. »

Ces prétentions, combattues par l'éloquent Manuel, furent rejetées par la Cour. L'arrêt qui intervint décida, contrairement à ce qu'avait admis le premier juge, qu'un mariage peut, sans être annulé être déclaré frauduleux et simulé, et, comme tel, incapable de donner ouverture aux avantages testamentaires ou conventionnels dont il a été la condition. Voici, en droit, les motifs de cet arrêt :

« Considérant que, dans le statut ligurien, les dots des filles leur tenaient lieu de tous les droits et pouvaient être grevées de toutes charges par le constituant ; que celle réclamée par la veuve Admiranti devenait propre à ses neveux dans le cas où elle garderait le célibat, sauf la réserve de 200 fr. pour le salut de son âme ; que la partie

de l'usufruit léguée à ladite veuve par son frère, et qui devait cesser dans le cas où elle quitterait ses neveux ou se marierait, ne l'a point affranchie de la condition qui lui était imposée par la mère commune, ni pu lui donner la propriété de sa dot, assurée à ses neveux dans le cas où elle ne se marierait pas ; qu'il reste donc à examiner si cette condition a été remplie.

» Considérant qu'il faut distinguer la validité du contrat et son efficacité ; que les appelants seraient non recevables à contester la validité du mariage de leur tante dès l'instant qu'il est régulier ; mais ils peuvent, avec succès lui refuser l'efficacité quant à la condition pour laquelle il était nécessaire, lorsqu'on en excipe contre eux ; que c'est un principe de droit commun qui était en vigueur dans la ci-devant Ligurie, que *contractus imaginarii juris vinculum non obtinent*, surtout à l'égard des tiers dont ces contrats simulés blessent les intérêts ; que bien loin que cette règle soit étrangère aux mariages et aux divorces, elle est au contraire appuyée sur divers textes des lois romaines. La loi 30, Dig. *De rit. nupt.*, a dit : *Simulatæ nuptiæ nullius sunt momenti* ; la loi *Si filius*. Dig. *De divortiis*, porte aussi : *Imaginaria repudia et simulata nullius sunt momenti* ; la raison est donnée par la loi 3, Dig. *De divortiis*, c'est qu'il n'y a pas intention de réaliser une séparation éternelle, tout comme il n'y a pas réellement mariage, là où les deux époux n'ont pas eu l'intention de s'unir pour toujours [1] ».

344. — M. Ledru-Rollin se demande, à la suite de cet arrêt, pourquoi, sous la législation qui nous régit,

[1] *Journal du Palais*, tom II, pag 179.

un mariage ne pourrait pas, comme tout autre acte, être déclaré dolosif ou frauduleux, si les circonstances prouvent que les parties n'ont pas eu réellement l'intention de s'unir et de vivre ensemble dans la société conjugale si elles établissent que les formes et les cérémonies n'ont véritablement été qu'une comédie, qu'une feinte employée pour faire arriver ostensiblement la condition d'un legs, d'une donation? N'est-il pas clair, poursuit ce jurisconsulte, que dans ce cas l'intention du testateur ou du donateur n'a point été remplie, que le fait prévu n'est pas réellement arrivé et qu'on n'a eu d'autre but que de profiter de la libéralité, en trompant, en éludant la condition? Pourquoi alors, sans déclarer le mariage nul, ne pourrait-on pas le priver de l'effet qu'on a voulu lui faire produire par fraude?

D'un autre côté, continue M. Ledru-Rollin, comment ne pas être effrayé des dangers que peut présenter l'investigation nécessaire à laquelle les juges devront se livrer de la vie intime des deux époux, des causes qui auront pu donner naissance au mariage et motiver ensuite une séparation? N'est-il pas à craindre qu'à l'intention présumée des contractants les juges ne substituent leurs propres passions et même leur opinion?

345. — Quelque puissantes que soient ces dernières considérations, elles ne nous paraissent pas de nature à faire résoudre la difficulté dans le sens contraire à celui de l'arrêt que nous venons de transcrire. Chacun a le droit de se mettre à couvert du dol de quelque manière qu'il se manifeste, fût-ce même par un mariage, et de là naît, pour le magistrat, le devoir et l'obligation de le réprimer partout où il le découvre. Dans toutes les hypo-

thèses, en effet, le préjudice est le même pour celui qui doit en souffrir. Lui refuser, dans tel ou tel cas, la réparation qui lui est due, ce serait le punir de l'excès de précautions déployé par son adversaire et consacrer une injustice flagrante.

Qu'on veuille bien le remarquer d'ailleurs, les considérations qui militent en faveur de l'indissolubilité du mariage, ne peuvent, dans ce cas, subir aucune atteinte. Il est, en effet, entendu que non-seulement le mariage ne sera pas annulé, mais encore que toute attaque contre sa validité serait irrecevable. Celui-là donc qui aurait contracté un lien honteux pour acquérir par des voies illégitimes un avantage quelconque, resterait à tout jamais sous le joug qu'il se serait forgé. Il suffit aux tiers intéressés de faire prononcer que cet acte sera sans effet contre eux pour conserver la possession des biens qu'on voulait leur arracher.

Le juge ne doit donc pas hésiter, lorsque, à l'aide des moyens que la loi donne, il a acquis la conviction de la simulation du mariage, à protester énergiquement contre ce dol ; et, tout en respectant le mariage, à le priver de l'effet qu'on a voulu lui faire produire. Telle est aussi l'opinion de M. Ledru-Rollin, et, ce qui le prouve, c'est l'adhésion entière qu'il donne à l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix; il ne l'approuverait certes pas s'il croyait qu'il renferme une violation de la loi qui nous régit.

Il est vrai que les magistrats qui l'ont rendu invoquent, soit le statut ligurien, soit les textes de la loi romaine, mais ils ne cherchent, dans le premier, que les principes sous l'influence desquels on devait ranger les droits de la demanderesse sur sa dot, droits qui s'étaient ouverts avant la promulgation du Code civil, et dans un pays

alors étranger ; ils ne demandent au second qu'une règle d'interprétation de la volonté de notre législateur, lequel, ayant virtuellement consacré le principe que les contrats simulés ne peuvent produire aucun effet contre les tiers, s'est par cela même, et quant aux conséquences de ce principe, approprié les dispositions du droit romain relativement au mariage.

Nous conviendrons sans peine que, dans l'application, le système consacré par l'arrêt offrira beaucoup de difficultés. Indépendamment de celles que présente toujours un procès en nullité pour dol, on en rencontrera bien d'autres lorsqu'il s'agira d'apprécier si un mariage est ou non simulé, mais la prudence des magistrats saura, dans tous les cas, faire bonne et exacte justice. Ils ne perdront jamais de vue que la preuve même de la simulation ne saurait être admise que lorsque son existence est rendue vraisemblable par un ensemble de faits significatifs comme l'étaient ceux de l'espèce jugée par la Cour d'Aix. Il ne suffirait donc pas que le mariage eût été suivi d'une séparation immédiate des deux époux, il faudrait, en outre, que les antécédents, que la position des parties vinssent indiquer le véritable caractère de cette séparation, et prouver ainsi le concert des deux époux et conséquemment la simulation du mariage.

346. — En ce qui concerne les époux eux-mêmes, il n'y a de mariage valable que celui qui est librement consenti par chacun d'eux. L'art. 146 du Code civil assigne au mariage le caractère que lui reconnaissait la loi romaine : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* [1].

[1] L. 30. Dig. *De reg. juris.*

Il n'y a donc réellement de mariage s'il n'y a pas, de la part de chacune des parties, un consentement éclairé, spontané et libre.

347. — Faut-il appliquer au mariage la disposition de l'art. 1109 et décider la nullité lorsque le consentement n'a été donné que par erreur, ou lorsqu'il a été surpris par dol, ou extorqué par violence?

En droit commun, le consentement vicié par une de ces circonstances est jugé incapable de créer un lien obligatoire. Si donc il fallait examiner l'art. 146, sous l'influence de ce droit, la question que nous avons posée devrait se résoudre par l'affirmative.

Mais ici se présentaient les considérations que nous avons déjà rappelées et qui plaçaient le mariage dans une catégorie spéciale et exceptionnelle. Nous n'avons pas à nous occuper de la violence dont l'effet est pour le mariage le même que pour tous les autres contrats. Mais pour ce qui concerne l'erreur, soit accidentelle, soit produite par le dol, nous trouvons l'exception parfaitement établie par l'art. 180 du Code civil. Cet article, en effet, amène à cette conséquence que le mariage ne peut être annulé pour cause d'erreur que lorsqu'il y a eu *erreur dans la personne*[1].

La valeur de ces expressions n'était pas douteuse sous le droit ancien. L'erreur dans la personne ne s'entendait que de l'erreur sur la personne physique. Il n'y avait donc nullité que lorsque celle qu'on avait épousée n'était pas celle que l'on voulait épouser.

* [1] En matière de mariage le dol ne vicie pas par lui-même le consentement, quand il n'a point eu pour résultat une erreur dans la personne. Voy. Toullier I, 517 et 523; Duranton, II, 60; Demolombe, III, 250; Aubry et Rau, V, § 462, p. 65; Laurent, II n° 289.

Toute autre erreur sur les qualités civiles du conjoint ne produisait aucun effet. C'est ainsi que des mariages contractés avec des individus morts civilement avaient été validés par les Parlements [1].

Cette interprétation rendait exactement la pensée du législateur. Notre ancien droit, en effet (et on lui en a fait souvent le reproche), s'était, le plus possible, inspiré du droit canonique. Or celui-ci était, sur notre matière, on ne peut plus clair et plus explicite.

Nous lisons en effet dans la compilation de Pirrhing, lib. IV, tit. I, *De sponsalibus et matrimoniis*, art. CLX : *Error circa substantiam personæ, jure naturæ reddit irritum matrimonium, ut si quis putans se contrahere cum Anna, contrahit cum Barbara*. Art. CLXII : *Error circa qualitatem personæ, et si det causam contractui, et proveniat ex dolo alterius contrahentis, non irritat per se matrimonium. Proinde cum non impediat consensum substantialem circa personam, et materiam et substantiam contractus, non vitiat matrimonium.*

348. — L'art. 180 a-t-il voulu consacrer la même doctrine [2] ? Le doute naît de la discussion que l'art. 146

[1] Pothier, nos, 308, 313.

* [2] Il est assez généralement admis que l'erreur ne vicie le consentement que lorsque l'un des conjoints a épousé une personne autre que celle à laquelle il avait l'intention de s'unir, et que l'erreur sur les qualités, physiques ou morales, civiles ou sociales, de l'un des époux ne suffit pas pour invalider le mariage. — En ce sens, Maleville, sur l'art. 180 ; Delvincourt, I. p. 151 ; Proudhon, I, p. 392 ; Toullier, I, 515, 516, 519 et 520 ; Duranton, II, 56-59 ; Aubry et Rau, V, § 462, p. 66 ; Laurent, II, 291. — *Contrà*, sur la deuxième proposition, Demolombe, III, 253.

Le consentement peut se trouver vicié par une erreur sur la personne civile, lorsque cette erreur a été la cause déterminante du maraige.

subit au Conseil d'État. Dans le projet primitivement présenté, cet article était ainsi conçu : « Il n'y a pas de mariage sans consentement ; il n'y a pas de consentement s'il y a eu violence, *s'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait eu l'intention d'épouser*. Cette rédaction ayant été rejetée, on a voulu en conclure que l'art. 146 se référait explicitement à l'article 1109. On concluait surtout à une dérogation aux anciens principes, de cette circonstance que la Cour de Cassation, trouvant l'expression *personne* beaucoup trop vague, avait demandé qu'on y substituât celle d'*individu*. Or cette substitution, qui réellement inspirait la pensée d'une erreur *physique*, ayant été rejetée, il s'ensuivrait, a-t-on dit, que le législateur n'a pas voulu borner à celle-ci la nullité du mariage.

Mais les mots retranchés dans l'art. 146 se retrouvent dans l'art. 180; et, malgré que l'amendement de la Cour de cassation n'ait pas été consacré, cet article a été interprété, par l'orateur du Gouvernement, dans le sens des anciens principes.

« L'erreur dans le mariage, disait Portalis, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune

Voy. Delvincourt, I, p. 151 ; Proudhon I, p. 193; Toullier, I, 467 et 468, 521, 522 ; Duranton, II, 64 ; Merlin, *Rép.* v°. Empêchement, sect. V, art. I, n° 4 et *Quest. de dr.*, v°. Mariage, § 9 ; Demolombe, III, 251 ; Aubry et Rau, *Loc. cit* ; Laurent, II, 294 et suiv.

Toute autre erreur ne vicie pas le consentement et n'engendre pas la nullité du mariage ; par exemple, celle d'une femme qui aurait épousé un ci-devant moine profès, ignorant qu'il était engagé par des vœux religieux ; (Merlin, *Rép. Loc. cit.* ; Aubry et Rau, *Loc. cit.* p. 67 ; Laurent, II, 296. — *Contrà*, Delvincourt, I, p. 151 ; Duranton, II, 66 ; Demolombe, *Loc. cit.*) ; ou qui aurait épousé par erreur un forçat libéré (Ch. réun. rej. 24 avril 1862, Sir. 62, 1. 341.— *Contrà* Civ. cass. 11 février 1861, Sir. 61, 1. 241). — *Voy.* les n°s 348 à 351 ci-dessus.

ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne ; on me trompe, ou je suis trompé par un singulier concours de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré ; le mariage est nul[1] ».

Il résulte évidemment de ces explications, que sous l'empire de l'art. 180, toutes les fois que la personne que l'on a épousée est bien celle que l'on a cru et voulu épouser, le mariage est inattaquable, alors même que cette volonté eût été déterminée par une erreur née des circonstances ou inspirée par le dol sur la véritable condition, sur les mœurs, la fortune, la qualité de cette personne. Ainsi celui qui, croyant s'unir à une femme vertueuse, a épousé une infâme prostituée ; celle qui, croyant se donner à un homme honorable, aurait épousé un forçat, ne saurait faire prononcer la nullité du mariage[2].

349. — Telle est, positivement, la rigueur du principe. Cependant quelques Cours d'appel s'en sont écartées. Ainsi, celle de Colmar a jugé, le 6 décembre 1811, qu'on pouvait considérer qu'il y a erreur dans la personne capable d'emporter la nullité du mariage, lorsqu'une catholique a épousé un ci-devant moine profès dont la qualité lui a été célée. De son côté, la Cour de Bourges a décidé, le 6 août 1827, qu'un mariage peut être déclaré nul, lorsque l'un des contractants, par suite de faux ou de manœuvres frauduleuses, a pris un nom de famille ou des qualités qui ne lui appartenaient pas, si

[1] *Exposé des motifs.*

[2] Ainsi jugé en 1838 par le Tribunal civil de la Seine.

d'ailleurs cette double circonstance a été pour l'autre époux la cause déterminante du mariage[1].

Le premier de ces arrêts applique au mariage les principes généraux en matière de consentement; le second excipe du rejet de la substitution du mot *individu* à celui de *personne* pour en induire que la loi laisse à l'appréciation du magistrat les circonstances constituant l'erreur sur la personne; il admet que cette erreur existe lorsque les manœuvres qui l'ont déterminée ont été la cause efficace du mariage; en d'autres termes, la Cour de Colmar se décide par l'art. 1109, celle de Bourges par l'art. 1117, l'une et l'autre ne voient ainsi dans le mariage qu'un contrat soumis au droit commun en matière de consentement et de dol.

350. — C'est là, à notre avis, une violation manifeste de l'art. 180. Cependant ces arrêts ont rencontré des approbateurs. Un de nos plus éminents jurisconsultes, M. Toullier, a même érigé leur système en doctrine. Prouvons que cette doctrine ne saurait être admise et nous justifierons par là même les reproches que nous faisons à ces deux arrêts.

351. — M. Toullier refuse à l'art. 180 le sens que lui donnait M. Portalis lui-même; « il n'y a pas d'exemple, dit-il, d'un mariage contracté par erreur sur l'individu ou sur la personne physique, car, lorsqu'on se présente devant l'officier de l'état civil pour se marier, on agrée la personne physique qu'on a devant les yeux. Conséquemment, réduire la règle à l'erreur sur la personne physique

[1] *J. du P.*, années 1811, 1827.

ou sur l'individu, ce serait l'anéantir presque totalement. L'erreur ne peut guère tomber que sur la personne morale ou sociale, c'est-à-dire sur les qualités qui la constituent. »

Cependant M. Toullier reconnaît que l'erreur sur la condition ou le rang qu'une personne tient dans la société, sa fortune, ses mœurs, son caractère, enfin, sur son état civil, sa patrie, son nom, sa famille, alors même qu'elle serait le résultat du dol personnel de l'époux, n'annulerait pas le mariage, car, dit-il, il n'est pas présumable que les époux aient fait de ces qualités une condition irritante du mariage.

« Mais, continue M. Toullier, l'erreur sur la qualité, sur le nom, sur la famille, peut quelquefois dégénérer en erreur sur la personne ou, comme disent les auteurs, renfermer l'erreur sur la seconde; elle peut aussi être produite par le dol personnel de l'un des conjoints et être telle qu'il est évident que, sans ces manœuvres, le mariage n'eût point été contracté.

» Ainsi, l'erreur sur la qualité renferme erreur sur la personne lorsqu'il paraît par les circonstances que c'est la qualité seule qui a déterminé la volonté de l'autre époux; que cette qualité était une condition tacite, sans laquelle le mariage n'eût pas été contracté, *ce qui ne peut guère arriver qu'à l'égard d'une personne inconnue de l'autre époux avant le temps de la célébration du mariage* ».

Ces derniers mots de M. Toullier renferment la réfutation de son système, car ils indiquent nettement que ce qu'il appelle erreur sur la qualité n'est pas autre chose que l'erreur sur la personne, ainsi que nous allons le prouver. S'il fallait l'entendre autrement, on devrait arriver à une conclusion contraire à celle que M. Toullier a tirée.

Le vice de cette dernière est de substituer à la règle invariable, que la loi a tracée dans l'art. 180, l'appréciation nécessairement variable du magistrat; c'est ensuite de donner à cette appréciation les éléments que l'art. 1116 impose pour le cas de dol aux contrats ordinaires.

Or, nous l'avons déjà dit, s'il fallait examiner le mariage sous l'empire absolu de cette disposition, on arriverait à la nullité dans presque tous les cas d'erreur. Il est difficile, en effet, que dans cette matière, l'erreur n'ait pas été produite par le dol. Comment persuader que l'on est riche sans invoquer des titres justificatifs, sans les produire? Comment s'attribuer un nom qui ne vous appartient pas, une position sociale à laquelle on n'a aucun droit, si des pièces fabriquées ne venaient pas ostensiblement justifier cette usurpation? C'est donc par le faux qu'on arrivera à tromper; n'y eût-il qu'un mensonge, qu'on se trouverait encore en présence de circonstances telles, que le dol serait incontestable. Le dol n'existe-t-il pas lorsqu'on dissimule, dans le dessein de tromper? *Qui insidiose dissimulat.*

Si donc il fallait s'en référer aux principes généraux, l'erreur n'étant, dans toutes ces hypothèses, que le résultat du dol, le consentement qu'elle aurait déterminé serait frappé d'incapacité, et le mariage qui en aurait été la conséquence devrait être annulé. Le contraire est cependant enseigné par M. Toullier lui-même. Ne nous apprend-il pas, en effet, que le lien est indissoluble, quoiqu'on ait épousé une roturière la croyant noble, une fille pauvre la croyant riche, une prostituée qu'on croyait vertueuse? Quoiqu'on ait été trompé, par un dol personnel, sur le nom, la famille, la patrie du conjoint qu'on s'est donné?

Quelle sera donc la qualité sur laquelle l'erreur deviendra erreur sur la personne? Les diverses hypothèses qui viennent d'être rappelées les comprennent toutes. Aussi M. Toullier admet-il que ce soit l'une d'elles, mais à condition que la qualité sur laquelle elle a porté soit telle que la supposition ait été la cause déterminante du mariage.

Mais cette condition se rencontre précisément dans les cas pour lesquels M. Toullier admet l'indissolubilité du lien. Certes l'époux qui demande la nullité du mariage pour cause d'erreur, et à qui l'on reprocherait de n'avoir pas fait, de l'existence de la qualité supposée, une clause irritante du mariage, répondrait avec raison que la preuve du contraire se trouve dans sa demande même; que la qualité alléguée l'a tellement déterminé à conclure, que son absence lui fait demander la rupture du lien qu'il a formé dans la fausse persuasion de son existence. Comment, ajouterait-il, puis-je vous convaincre, que la connaissance de la vérité m'eût empêché de traiter, d'une manière plus énergique qu'en réclamant d'être exonéré de l'engagement né de l'erreur dans laquelle on m'a jeté?

Au fonds, cette prétention ne serait pas aussi futile qu'on pourrait le croire. Il est sans doute des cas où la vérité, connue avant le mariage, n'aurait peut-être pas empêché sa célébration. Ainsi on peut admettre que celui qui a épousé une roturière la croyant noble, une veuve la croyant fille, n'aurait pas renoncé aux autres avantages que son union lui promet, s'il eût connu la vérité sur la qualité de sa future. Mais il est d'autres hypothèses où les plaintes de l'époux auront toute la force d'une démonstration.

Une personne se donne un nom et se présente comme

appartenant à une famille très honorable et occupant une position très élevée. Déterminé par les avantages que je dois trouver dans les relations que le mariage va amener entre cette famille et moi, je préfère cette personne à d'autres partis plus avantageux sous plusieurs autres rapports. Dira-t-on que, si j'avais su que mon conjoint était étranger à cette famille, je n'en eusse pas moins contracté ce mariage?

Si le mariage n'a été que la conséquence de la fortune prétendue de l'un des conjoints, devra-t-on présumer que celui des deux qui a été trompé ne l'aurait pas moins contracté, alors que, peu fortuné lui-même, il serait dans l'impossibilité de faire face aux charges que ce mariage entraîne?

Enfin, la présomption que l'on n'a pas fait de la qualité une condition irritante du mariage, ne sera-t-elle pas une injuste et amère dérision pour cet époux honorable qui s'est uni à une prostituée impure, lorsqu'il croyait épouser une femme vertueuse? Pour l'épouse qui, dans la persuasion d'unir son sort à celui d'un honnête homme, se sera associée à l'infamie d'un homme flétri par la justice et à peine sorti ou échappé du bagne où l'avaient conduit ses crimes? Peut-il exister, pour une famille vertueuse, pour un homme d'honneur, une plus cruelle déception? N'est-il pas mille fois certain que la connaissance de la vérité eût apporté au mariage l'obstacle le plus invincible? Voilà donc au moins une hypothèse qui réalise la condition exigée par M. Toullier, et cependant lui-même enseigne que, dans ce cas, le mariage est indissoluble.

Il y a donc, dans le système que nous combattons, une véritable contradiction qui en prouve le peu de justesse. Oui, le dol qui a été la cause déterminante du contrat est

une cause de nullité dans les actes ordinaires de la vie. Mais ce principe reçoit une exception formelle pour le mariage, et, ce qui motive cette exception, c'est la nature exceptionnelle de ce contrat, son importance ; c'est que son indissolubilité est commandée par l'ordre public, l'intérêt de l'État, par la morale et la religion.

Eh puis! ce qui devait encourager le législateur à l'admettre ainsi, c'est que, dans le cas d'erreur dont nous nous occupons, s'il y a dol d'un côté, il y a de l'autre une imprévoyance marquée, une légèreté blâmable. Pourquoi a-t-on ajouté une confiance aveugle à des allégations intéressées? N'est-ce pas au moment de s'enchaîner pour toujours qu'il convient de pousser jusqu'à ses dernières limites cette prudence dont la loi fait dans tous les cas un devoir? Or, bien souvent, si on avait pris avant le mariage toutes les peines qu'on se donne après pour parvenir à le faire annuler, on se serait mis dans le cas de n'avoir pas à recourir à ce moyen extrême.

Prenons, pour exemple de la vérité de nos paroles, l'espèce jugée par la Cour de Bourges. Il s'agissait là d'un aventurier qui prenait la qualité de baron, qui se disait issu d'une famille honorable et qui avait été agréé, sur la production de pièces fausses justifiant ses allégations. Après le mariage, il disparaît. Alors on va aux renseignements, et l'arrêt nous apprend lui-même le résultat qu'ils avaient amené.

« Considérant : 1° que l'acte de naissance et celui de notoriété, desquels le prétendu Joseph Ferry était porteur, le disaient né à Capoue et fils du baron François Ferry et de dame Marie Pozzi, mais qu'aucune famille de ce nom n'a existé et n'existe encore dans cette ville; qu'il y est dit baptisé le 10 juin 1785 à Ste-Marie-Majeure de

Capoue, mais que les registres baptismaux de cette paroisse font foi qu'il ne s'y trouve nulle naissance de ce nom et de cette origine; que cet acte de naissance, délivré le 5 décembre 1810, est signé par un sieur Bozetti, dit curé de Ste-Marie-Majeure, mais qu'il n'y a jamais eu de curé de ce nom, tous lesquels faits sont attestés par les autorités du lieu dans les formes légales, etc..... »

N'est-il pas évident que si les démarches tentées pour faire prononcer la nullité du mariage avaient été accomplies avant sa célébration, elles eussent abouti au même résultat, et que l'aventurier démasqué aurait été honteusement chassé ? Il y avait donc, dans la confiance aveugle qui avait accueilli ses paroles et ses titres, une imprudence, une légèreté véritablement remarquables. Elles eussent été de nature à empêcher d'être relevé d'un dol ordinaire, à plus forte raison ne devaient-elles pas produire la nullité du mariage. Celui qui avait été épousé était bien celui qu'on avait eu l'intention et la volonté d'épouser. L'erreur et le dol qui avaient déterminé cette volonté ne rentraient pas sous la disposition de l'art. 180.

Ainsi il ne suffit pas que l'erreur ait été la cause déterminante du contrat. Cette circonstance se réalise dans bien des cas. Si elle devait entraîner la nullité du mariage, les précautions prises par le législateur, pour en assurer l'indissolubilité, seraient impuissantes et vaines. Il eût été dès lors inutile, en l'état de l'art. 146 consacrant en principe la nécessité du libre consentement, d'édicter l'art. 180 et de restreindre l'erreur qui vicie ce consentement à l'erreur dans la personne.

Vainement M. Toullier prétend-il que borner cette disposition à l'erreur sur la personne physique, c'est tracer une règle inapplicable. Nous répondrons d'abord

que le peu de fréquence de son application est précisément ce que le législateur a recherché. La stabilité du mariage intéresse la famille, l'Etat tout entier. On a donc voulu, avant tout, lui assurer ce caractère, et si l'on s'est départi de cette règle, ce n'a été que dans le cas où tous les efforts de la prudence humaine ne pouvaient empêcher l'un des conjoints de devenir victime d'une coupable substitution. Or c'est ce qui se réalise dans l'hypothèse d'une erreur sur la personne physique.

Nous répondrons ensuite que cette erreur est surtout possible lorsque les époux étaient inconnus l'un de l'autre avant la célébration du mariage. Peu importe que devant l'officier de l'état civil les époux se soient vus, si d'ailleurs la substitution a été opérée à l'insu de l'un deux. Ainsi j'accepte pour épouse Jeanne, après avoir recherché et obtenu la main de Marie. Il y a erreur dans la personne. Sans doute j'ai vu Jeanne devant l'officier de l'état civil, mais dans celle qui se présentait ainsi à moi, je ne pouvais voir que Marie, celle que je devais et que je voulais épouser. C'est donc celle-ci seule que j'ai épousée sous une autre individualité, et c'est ce qui rend mon mariage nul.

Mais si, connaissant Marie, j'avais épousé Jeanne qui m'était présentée, le mariage serait valable. J'ai pu, en effet, connaître et apprécier la substitution et, en consentant à m'unir à celle qui était en ma présence devant l'officier public, j'ai acquiescé moi-même à la substitution. Je serais dès lors non recevable à m'en plaindre.

Au reste, il est facile de se convaincre que c'est à ces termes mêmes que se résume M. Toullier. En effet, les exemples qu'il donne de l'erreur sur la qualité ne sont, à notre avis, que des espèces d'erreur sur la personne.

Les voici :

« Un prince demande la fille aînée d'un autre prince, héritière de sa principauté. Les parents envoient la fille cadette et le prince l'épouse, croyant épouser l'aînée.

» Titius, mon ancien ami et mon parent, établi à Bayonne, a un fils unique que je ne connais point, et j'ai une fille. Nous formons le projet de les unir, et ce projet est arrêté. Mais, sur le point de venir à Rennes pour terminer, mon ami meurt, et cet événement retarde le mariage. Six mois après, arrive un jeune homme qui se dit le fils de mon ami et qui vient pour célébrer le mariage arrêté. Il est muni des papiers nécessaires, le mariage est célébré. L'arrivée du fils de mon ami, de celui à qui ma fille était promise, découvre l'erreur. Il se trouve que le premier venu est un fils naturel, né avant mariage et d'une autre femme. Il a, pour nous tromper, falsifié son état de naissance, en y substituant les mots *fils légitime* à ceux de *fils naturel* » [1].

Evidemment, dans le premier cas, ce n'est pas l'erreur sur la qualité d'héritière qui motive la nullité du mariage. Ce qui la détermine, c'est que le prince n'a voulu épouser que l'aînée ; qu'en épousant la cadette, il a cru épouser l'autre, qu'il est donc victime d'une substitution de personne. On renverserait l'hypothèse que le mariage n'en serait pas moins nul, si le prince ayant demandé la main de la cadette, on lui faisait épouser l'aînée.

Il n'y aurait réellement qu'erreur sur la qualité si le prince connaissant celle qu'il épouse, l'avait recherchée dans la fausse persuasion qu'elle était l'héritière de la principauté de son père. Mais, dans ce cas, la découverte

[1] *Droit civil*, tom. 1, nos 514 et suiv.

ultérieure de son erreur sur ce point n'amènerait point, de l'avis de M. Toullier, la nullité du mariage.

C'est aussi une véritable substitution de personne qui se réalise dans le second exemple. Promise à une personne qu'elle a agréée, la future n'accepte la personne qui se présente à elle que dans la persuasion qu'elle est véritablement celle qu'elle devait épouser. C'est donc, mais sous une autre individualité, cette dernière seule envers laquelle elle a entendu et voulu s'engager : et c'est pourquoi il y a réellement erreur sur la personne, et conséquemment nullité du mariage. Le résultat serait le même si celui qui a pris une individualité qui ne lui appartenait pas avait été réellement fils légitime. Il suffirait qu'il se présentât, non en son propre, mais comme étant celui à qui la future était promise, pour qu'il y eût substitution. Ce n'est donc pas la qualité d'enfant naturel qui fera prononcer la nullité du mariage, mais bien le fait de la substitution elle-même.

Ainsi, au fond, ce que M. Toullier qualifie erreur sur la qualité, n'est que l'erreur sur la personne. Celle-ci seule est dans le cas de faire dissoudre le mariage. L'art. 180 du Code civil s'est donc conformé aux anciens principes.

Ce n'est pas sérieusement que M. Toullier ajoute, qu'en donnant à l'époux trompé le délai de six mois pour demander la nullité du mariage, le Code paraît supposer qu'il s'agît d'une erreur sur la personne civile, l'erreur sur la personne physique ou sur l'individu ne pouvant durer aussi longtemps. Mais M. Toullier ne fait pas attention que ce délai de six mois ne court que de la découverte de l'erreur. Ce n'est donc pas une limite que la loi ait cru devoir tracer à cette découverte. Ce délai n'a été

accordé que dans l'espérance que, la réflexion dissipant l'humeur inséparable d'une découverte de ce genre, l'époux pardonne à celui qui l'a trompé, et que le mariage devienne dès lors irrévocable.

Il résulte de ce qui précède, que l'arrêt de Bourges et celui de Colmar ont méconnu les véritables principes et appliqué inexactement la disposition de l'art. 180.

Nous ne nous dissimulons pas tout ce qu'avait de grave le motif invoqué par le dernier. La liberté de conscience est un bien précieux et sacré, mais nous ne croyons pas que le respect qui lui est dû puisse jamais aller jusqu'à ajouter à la loi, surtout dans une matière aussi importante que le mariage.

Notre doctrine sur la vraie signification, sur le sens réel de l'art. 180, a, depuis comme avant, rencontré de puissants adversaires, MM. Marcadé et Demolombe notamment.

Le savant doyen de la faculté de Caen, estime et enseigne : qu'il faut reconnaître aujourd'hui, en thèse générale, que l'erreur sur les qualités peut être telle, si grave, si essentielle, qu'elle soit considérée par les magistrats comme une erreur sur la personne. Ce serait donc, en dernier résultat, une question de fait. Je concevrais donc bien, qu'en déclarant nul le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré, les tribunaux auraient à considérer toutes les circonstances du fait; la position de l'époux trompé, son caractère personnel, toute la situation, enfin, pour décider, en fait, si cette erreur a ou n'a pas altéré d'une manière profonde et essentielle, le consentement [1].

[1] T. 3, n° 253, p. 405.

C'est-à-dire que l'appréciation purement arbitraire des magistrats constituerait la règle unique et souveraine. Ainsi le législateur n'aurait vu dans le mariage qu'un contrat ordinaire et en aurait abandonné le sort aux chances d'une appréciation plus ou moins réfléchie, plus ou moins spontanée, au risque de multiplier les attaques dont il pourrait être l'objet, par l'espoir plus ou moins probable de les voir accueillies et consacrées.

En agissant ainsi, le législateur eût formellement méconnu le devoir que lui imposaient l'ordre public, la sécurité des familles. Je crois donc que le système qui a son fondement dans une pareille supposition, est un système impossible.

C'est ce que le Tribunal et la Cour de Paris avaient cru et consacré. On leur demandait la nullité du mariage contracté avec un forçat libéré. On soutenait que l'erreur sur la personne civile équivalait à l'erreur prévue par l'art. 180, et devait comme celle-ci entraîner la nullité du mariage.

Mais le Tribunal et la Cour refusent d'entrer dans cette voie, et n'admettent d'autre cause de nullité que l'erreur sur la personne physique. Ils estiment que *l'admission de l'erreur sur les qualités comme cause de nullité de mariage, ouvrirait la carrière à des interprétations périlleuses et troublerait profondément la sécurité des familles : que c'est précisément pour éviter ce danger que la loi a déterminé d'une manière spéciale les causes de nullité de mariage, et n'a pas laissé cet engagement sous l'empire des règles générales établies pour les autres contrats* [1].

Contre toute probabilité, cet arrêt dénoncé à la Cour

[1] 4 février 1869; *J. du P.* 1870, 341.

suprême, encourut sa censure. Un arrêt de la Chambre civile, du 11 février 1860, en prononce la cassation, contrairement à l'opinion du rapporteur, et aux conclusions remarquables de M. l'avocat général de Raynal.

Mais la Cour d'Orléans, à laquelle la question avait été déférée, s'étant prononcée dans le même sens que la Cour de Paris, un nouveau pourvoi vint appeler les chambres réunies à statuer définitivement.

M. le procureur général Dupin crut devoir, cette fois, donner à la doctrine des arrêts de Paris et d'Orléans l'appui et l'autorité de sa parole. Son réquisitoire est l'étude la plus complète de la question, et la réfutation la plus péremptoire de l'opinion qui veut donner à l'art. 180 une extension que ne comportent ni son texte, ni son esprit.

M. le procureur général demande celui-ci à la discussion législative qui amena l'adoption de l'art. 180, et il établit avec évidence que le législateur de 1803 n'a en rien innové, et que dans cette matière il a accepté et suivi les errements de notre ancien droit. Or que celui-ci exigeât, pour prononcer la nullité du mariage, l'erreur sur la personne physique, c'est ce qui ne pouvait être ni douteux ni contesté. Pothier est à ce sujet on ne peut pas plus formel.

Donc, aujourd'hui comme autrefois, l'erreur en matière de mariage, comme le disait Portalis, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les *qualités*, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, ou je suis trompé par les circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul.

« Ici, continue M. Dupin, ma tâche devrait être terminée, puisque l'identité de l'époux n'est pas mise en doute, et que le débat porte seulement sur la condition de forçat, et les incapacités que la loi y a attachées. Mais c'est là dessus précisément que le pourvoi a entrepris une théorie nouvelle qu'il faut maintenant aborder et discuter.

» Il faut, dit le pourvoi, considérer deux choses : la personne physique et la personne civile. Celle-ci se compose de certains droits qui la constituent, qui sont de son essence; et quand ces droits, dans ce qu'ils ont de substantiel, viennent à manquer, il y a là véritablement une personne civile autre que celle qu'on a entendu épouser; et cette erreur doit annuler le mariage comme si elle portait sur la personne physique elle-même. Dans l'un comme dans l'autre cas il n'y a pas d'identité.

» Cette fiction est inadmissible. Non, il n'y a pas deux personnes dans le même individu. Les qualités civiles séparées de la personne physique ne font pas une personne entière. Les qualités sont des abstractions; elles n'ont ni corps ni âme, elles n'ont pas de moi, elles ne constituent pas un être, un second être. Essayez de photographier la personne civile!..... L'homme physique vit seul avec ou sans telle ou telle qualité....

» En abordant le système des qualités prétendues substantielles, rappelons ce qu'en dit Pothier dans son traité *Des Obligations* en général; il distingue avec Cujas les choses qui sont de l'essence des contrats, ou seulement de leur nature, ou simplement accidentelles. Les choses qui sont de l'essence du contrat, dit-il, sont celles sans lesquelles le contrat ne saurait exister. Ainsi il est de l'essence de la vente qu'il y ait une chose vendue et un prix fixé. Et appliquant cette définition au mariage, il est

de l'essence du mariage, dit-il, qu'il y ait un homme et une femme qui veulent s'épouser, et il ajoute aussitôt, mais il n'est pas de l'essence du mariage que la personne que je veux épouser ait telle ou telle qualité.

» Et puis quelles seraient ces qualités? Les qualités essentielles, dites-vous, sont celles sans lesquelles le mari ne peut remplir sa mission. Mais alors il ne faudrait pas seulement appliquer l'erreur aux qualités de la personne civile, il faudrait surtout l'appliquer aux qualités de la personne physique ; et si, par exemple, le mari manquait des attributs de la virilité, qui, en mariage, sont bien autrement essentiels que l'incapacité où serait le mari de remplir une fonction publique, ou d'exercer un droit civil, il faudrait donc ramener dans notre jurisprudence les questions d'impuissance et la scandaleuse épreuve du congrès »?

M. Dupin examine ensuite les autres arguments de la thèse qu'il combat, et les réfute d'une manière victorieuse. Il termine par ces paroles :

« On ne saurait trop le redire, les règles qui gouvernent le mariage ont un caractère tout spécial. Dans les contrats vulgaires, dans les contrats qui n'ont pour objet que des intérêts purement matériels, souvent on annule une convention par cela seul qu'un des contractants a ignoré des circonstances et des désignations que l'autre était tenu de lui faire connaître. Dans les achats et ventes d'animaux, lorsqu'il s'agit d'un cheval ou d'un bœuf, il y a des vices redhibitoires. Mais il n'en est pas ainsi en fait de mariage; la *restitutio in integrum* y est impossible. Cela explique pourquoi, en cette matière, le législateur s'est appliqué avec tant de soin à restreindre les causes de nullité, et à appuyer chacune d'elles par une restriction

ou par une fin de non recevoir à bref délai, toujours en vue de maintenir le plus qu'il se pourrait la validité des mariages contre les tentatives qu'on ferait pour en demander la nullité. Si l'on prenait pour critérium de la validité des mariages cette considération : Ah! si j'avais su cela je n'aurais pas épousé ; le caprice, n'en doutez pas, prendrait la place du droit, et la multiplicité des demandes en nullité croissant avec la facilité de les admettre, rendrait presque illusoire la suppression du divorce. »

Ce réquisitoire si plein de raison et de logique et qui empruntait une nouvelle force à la bouche illustre qui le prononçait, était de nature à faire impression, et présageait le parti que prendrait la Cour régulatrice. Contre la doctrine de la Chambre civile, le pourvoi est rejeté, et le mariage maintenu.

Cet arrêt qui fixe la jurisprudence clot toute controverse sur la question. Il nous a paru dès lors utile d'en transcrire les motifs ;

« Attendu que *l'erreur dans la personne* dont les art. 146 et 180 du Code Napoléon ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend sous la nouvelle, comme sous l'ancienne législation que d'une erreur portant sur *la personne elle-même ;*

» Attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration ; si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de

sa disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir;

» Qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies, et spécialement à l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes antérieurement prononcées contre son conjoint, et la privation des droits civiques qui s'en est suivi;

» Que la déchéance établie par l'art. 34 C. pén. ne constitue par elle-même ni un empêchement au mariage, ni une cause de nullité de l'union contractée;

» Qu'elle ne touche non plus en rien à l'identité de la personne; qu'elle ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne » [1].

Le système contraire faisait du mariage un simple contrat ordinaire exposé à toutes espèces de contestations dont la solution ne reconnaissait d'autre règle que l'arbitraire appréciation des juges; et dès lors, comme le dit la Cour de Paris, dans l'arrêt dont nous allons parler; il ouvrait la porte à toutes les espérances.

La Cour en avait la preuve dans l'espèce même qui lui était soumise, et dans laquelle la nullité du mariage était demandée :

« Attendu que le but et la condition substantielle du mariage sont la communauté de vie la plus complète entre

[1] 24 avril 1862; — *J. du P.*, 1862, 484.

les époux, et l'accomplissement des devoirs qui en sont la conséquence ; que sans cette union des époux, dans une seule chair, le mariage n'a plus aucune raison d'être ni d'existence réelle, et qu'il disparaît avec la famille dont il est la source, et qu'il doit perpétuer; que par suite le consentement au mariage doit être, sous peine de nullité, le consentement à la consommation du mariage; qu'il n'est plus sans cela qu'un acte frauduleux et mensonger destiné à dissimuler un mariage dont les conditions substantielles n'existent pas et qui, par conséquent n'a qu'une apparence sans réalité ».

Le demandeur prétend ensuite que celle qu'il a épousée et qui a déclaré l'accepter pour époux, n'a fait cette déclaration qu'avec la volonté ferme et arrêtée de ne pas accomplir l'objet du mariage; qu'elle a exécuté cette résolution; qu'en effet, le soir même du mariage toute intimité lui a été refusée et que, depuis, l'épouse a opposé une résistance obstinée à toute tentative de conciliation.

En conséquence, le demandeur soutient que le mariage est nul d'abord pour défaut de consentement, l'épouse n'ayant jamais consenti qu'à un simulacre devant produire à l'égard du public des effets matériels, mais non pas un mariage dont les droits et les devoirs sont réglés par la nature et la loi; ensuite et relativement à lui, pour erreur sur la personne prévue par l'art. 180 C. Nap. Qu'en effet cet article prévoit non pas le cas d'erreur sur la personne physique où il n'y a pas de consentement, mais celui d'erreur sur les qualités substantielles de la personne; qu'il ne saurait exister de qualités plus substantielles, quant au mariage, que la volonté d'accomplir le devoir conjugal, puisque de cette qualité dépendent l'objet même et la fin du mariage.

Cette prétention fut successivement condamnée par le Tribunal et la Cour de Paris, elle devait infailliblement l'être, incapable qu'elle était de souffrir l'examen en fait et en droit.

En fait, elle ne pouvait avoir d'autre fondement que la non consommation du mariage. Supposez cette non consommation niée par l'époux défendeur, comment en vérifiera-t-on et en admettra-t-on l'existence?

En droit, il ne s'agissait plus d'étendre la disposition de l'art. 180 au cas d'erreur sur les qualités de l'un des contractants. Comme le relève fort justement l'arrêt de Paris, dans les termes de la demande, on allait jusqu'à l'erreur sur ses intentions, sur les dispositions de son esprit. Etait-il possible dès lors d'admettre que le législateur eût entendu subordonner à une abstraction aussi insaisissable le sort du mariage intéressant à un si haut degré les mœurs publiques, l'Etat et le repos des familles?

Nous croyons avec la Cour de Paris que ce procès ne s'expliquait que par la diversité récente des décisions sur l'interprétation de l'art. 180, que par les espérances que faisait concevoir l'arrêt de la Chambre civile du 11 février 1861. Ce qui le prouve, c'est que le pourvoi contre l'arrêt de Paris n'ayant été appelé devant la Cour de cassation qu'après l'arrêt des Chambres réunies du 24 avril 1862, le demandeur n'osa plus invoquer ses prétendus moyens de nullité, et se borna à exciper d'un vice de forme qui fut rejeté [1].

352. — Ainsi le dol de quelque nature qu'il soit, alors même qu'il est devenu la cause déterminante du mariage

[1] 9 février 1863, D. P., 63, 1, 426.

reste sans influence sur la validité du lien, sur son indissolubilité. Mais il n'en est pas de même, quant aux conséquences du mariage.

L'une de ces dernières, et la plus immédiate, est la cohabitation des époux. But du mariage, cette cohabitation ne doit cesser que par la dissolution, ou par la séparation de corps judiciairement prononcée. Le dol exercé sur les qualités du conjoint autorise-t-il cette séparation?

Une distinction nous paraît indispensable pour arriver à une solution exacte de cette question. Le dol a été exercé sur la fortune, sur la position sociale de l'époux, son nom et son rang, ou bien il a eu pour objet de tromper sur les qualités morales. Dans le premier cas, nous répondrions par la négative absolue ; dans le second, nous ferions dépendre sa solution de la nature de l'erreur.

Ainsi, on m'a promis une épouse douce, bonne, bien élevée, intelligente. Le mariage accompli fait disparaître toutes ces qualités. La vérité qui m'est alors connue ne saurait m'autoriser à demander la séparation. La vie commune, quoique plus ou moins difficile, ne doit point cesser. D'ailleurs l'habitude de cette vie, les relations, les devoirs qui naissent du mariage, peuvent modifier le caractère des époux et inspirer à chacun d'eux la conduite indispensable à leur bonheur commun.

Mais si l'erreur, source du mariage, est tellement grave que l'époux qui en a profité doive être pour l'autre un objet éternel de répugnance et de mépris : si l'habitation commune doit offrir à ce dernier de continuels tourments, en le plaçant sans cesse entre ses devoirs, ses préjugés moraux et sa conscience, la loi doit prendre en pitié celui qu'elle ne peut autrement protéger, et lui accorder le relâchement du lien qu'elle se refuse de briser.

Ainsi, dans l'espèce jugée par la Cour de Colmar, l'époux avait caché sa qualité d'ancien religieux. La découverte de cette qualité avait alarmé la conscience de l'épouse qui ne voyait plus, dans la consommation du mariage, qu'un sacrilège ; dans le mariage même qu'une profanation. On comprend dès lors que la vie commune devait lui paraître insupportable; la lui imposer, c'eût été la soumettre à une violence morale vexatoire et inique. On ne devait pas, nous l'avons dit, annuler le mariage, mais la séparation de corps devenait le moyen naturel de concilier sa position avec la rigueur des principes.

353. — La séparation de corps ne saurait être refusée à l'époux qui, par erreur, aurait uni son sort à celui d'un forçat libéré ou évadé. Le préjugé de la considération et de l'honneur ne parlant pas moins haut que la liberté de conscience, on doit s'arrêter à une décision égale dans les deux cas.

On a voulu cependant contester cette faculté dans l'hypothèse qui nous occupe. L'art. 232 du Code civil, a-t-on dit, n'autorise le divorce, et conséquemment la séparation de corps, que dans le cas de condamnation de l'un des deux époux à une peine infamante; d'où il paraît résulter que la loi n'a eu en vue que la condamnation prononcée depuis et pendant le mariage. On ne saurait donc, sans fausser sa pensée, appliquer sa disposition à celui qui a été condamné avant le mariage.

A notre avis, cette interprétation est repoussée par le texte et par l'esprit de la loi. Evidemment le mot époux, dont se sert l'art. 232, est pris dans le sens générique et comprend toutes les hypothèses dans lesquelles une condamnation infamante a pu intervenir

Qu'a voulu d'ailleurs l'art. 232? Ne pas enchaîner l'époux honorable à la vie de celui que les lois ont flétri d'une peine infamante. Un tel lien devait paraître insupportable, avec d'autant plus de raison que la honte en rejaillit sur celui qui l'accepte comme sur celui qui l'a méritée. Il est donc juste que l'époux demeuré honnête homme repousse cette honte, en se séparant publiquement de celui qui peut la lui faire encourir.

Les mêmes motifs n'existent-ils pas lorsque la condamnation a précédé le mariage? Evidemment oui; ils ont même acquis un caractère de gravité plus décisif, car, à la honte d'une condamnation, se réunit l'infamie d'une dissimulation sans laquelle le mariage n'eût pas été consommé. Admettre le système que nous combattons serait donc récompenser le dol le plus lâche, le plus odieux. L'immoralité d'un pareil résultat suffit pour le faire rejeter.

Ainsi, l'application de l'art. 232 à notre hypothèse se justifie par une supériorité de raisons incontestable. Fallût-il admettre le contraire, l'admission de la séparation de corps se justifierait par les considérations que nous invoquions tout à l'heure pour la liberté de conscience. Les prescriptions de l'honneur ne sont ni moins respectables, ni moins sacrées que celles de la religion. Et, s'il y a une violence morale dans la détermination qui enchaînerait deux époux au mépris des sentiments religieux de l'un d'eux, ne la rencontrerait-on pas également lorsque l'un des époux ne pourrait subir la vie commune sans outrager, à chaque instant, les inspirations de l'honneur et de la délicatesse [1].

[1] Voy. cependant Delvincourt sur l'art. 232; Proudhon, I, p. 491; Toullier, II, 673; Demolombe, IV, 392; Aubry et Rau, V, § 491, note 26, p. 178.

354. — Si la peine, encourue par l'époux condamné avant le mariage, avait entraîné la mort civile, pourrait-on se borner à faire prononcer la séparation de corps? Ce qui a fait naître quelques doutes à cet égard, c'est qu'aux termes de l'art. 25 du Code civil, le mort civilement est incapable de contracter un mariage valable; que, conséquemment, l'époux ayant action pour demander la nullité du lien, n'a pas intérêt à poursuivre son relâchement.

Mais l'existence d'une action plus utile n'a jamais pu créer une fin de non-recevoir contre la recherche d'un droit que la loi reconnaît et assure. C'est à celui qui a deux actions à exercer, à choisir et à prendre celle qu'il juge la plus utile, la plus convenable à ses intérêts. Le mariage n'est pas seulement un lien civil, la religion y intervient d'une manière solennelle, et souvent ce qui est susceptible d'être rescindé aux yeux de la loi civile, reste pour elle indissoluble. Or, si l'époux trompé croit à cette indissolubilité, si le mariage a eu d'ailleurs des conséquences telles que la nullité pût devenir un embarras et entraîner des inconvénients, rien ne s'oppose à ce que la séparation de corps demandée soit accordée. Cette action est indépendante de celle en nullité, on peut donc se réduire à l'exercer de préférence.

La séparation de corps devrait-elle être accordée à l'époux qui, croyant s'unir à une femme vertueuse, aurait accepté la main d'une prostituée? Evidemment les sentiments d'un homme honorable ne seront pas moins froissés dans cette hypothèse que dans la précédente. Nous ne pensons pas cependant que la solution de la question puisse être donnée d'une manière absolue et abstractivement des faits et circonstances. C'est donc à

l'arbitrage souverain du magistrat que cette solution doit être laissée. Son appréciation, basée sur la position des époux, celle de leur famille, leurs antécédents, leur moralité, conciliera ce qui est dû à l'indissolubilité du mariage avec les justes convenances d'une honorable susceptibilité.

355. — Dans tous les cas où l'action en séparation est admissible, elle doit être introduite dans les six mois qui ont suivi la découverte de l'erreur, c'est là une nécessité qu'une analogie incontestable doit faire admettre. La nullité du mariage doit être demandée dans ce délai. La loi considère une cohabitation prolongée de plus de six mois, comme le pardon des torts de l'un des époux et comme la ratification du mariage lui-même. La même présomption devrait, dans les mêmes circonstances, faire rejeter la poursuite en séparation de corps. Celui qui aurait vécu pendant plus de six mois dans l'atmosphère de honte ou de contrainte dont il se plaindrait, serait-il bien venu à parler de sa tardive susceptibilité?

Pour que la loi admette cette susceptibilité, il faut qu'elle se soit décelée par une prompte et éclatante manifestation. L'accueillir après une cohabitation de plus de six mois après la découverte de la vérité serait donc s'exposer à favoriser un caprice et non le légitime effet de l'honneur outragé. La demande serait donc non recevable.

356. — Le dol exercé à l'occasion des conventions matrimoniales produit un effet analogue à celui qui en résulte pour tous les contrats. La partie intéressée

pourra donc faire annuler les avantages qu'il n'aurait consentis que sous l'influence de ce vice[1].

S'il est d'ordre public que le mariage reste inattaquable, il n'en est pas de même pour tout ce qui ne touche qu'à l'intérêt particulier des époux. Les principes ordinaires reprennent ici leur empire, et conséquemment toutes les conventions dont le dol a été la cause déterminante doivent ne produire aucun effet.

Peu importerait même que l'époux contre lequel on en demanderait la nullité fût resté lui-même étranger aux manœuvres ayant constitué le dol. Il n'en subirait pas moins les conséquences, et cela par un double motif : 1° le dol imputable au père de l'époux serait assimilé au dol du tuteur ou du mandataire; 2° tous ceux qui, sans avoir participé au dol, en ont reçu un avantage à titre purement gratuit et lucratif, doivent restituer ce bénéfice illégitime : *Nemo debet ex damno alterius lucrari*[2].

357. — Nous ne nous sommes occupés jusqu'à présent que du dol qui a eu pour effet de tromper sur les qualités civiles ou morales du conjoint. Mais il est une autre déception pouvant résulter d'une dissimulation coupable, et dont les conséquences sont de nature à entraîner les plus graves inconvénients. Nous voulons parler du défaut de capacité pour la consommation du mariage, de l'impuissance de l'un des époux.

Ce vice ne devait pas occuper les législations ayant admis la rupture du mariage au moyen du divorce. Là,

* [1] Voy. Req. 2 mars 1852, Sir. 52, 1, 262.

[2] Voy. pour les fraudes commises dans les contrats de mariage chap. 2 sect. 1.

en effet, le remède était à côté du mal, et le divorce par consentement mutuel terminait une union mal assortie, en sauvant à l'époux malheureux ou coupable la honte qu'une accusation d'impuissance entraîne toujours avec elle.

La religion chrétienne abolit le divorce, acceptant dans la rigueur de son acception cette maxime de l'Evangile : *Quos Deus conjunxit, homo non separet.* On dut dès lors prévoir les cas d'impuissance, et régler le sort des mariages ainsi contractés.

Pendant longtemps il exista à ce sujet une grande différence entre l'Eglise romaine et l'Eglise gallicane.

La première ne considérait pas l'impuissance comme un motif suffisant pour légitimer une atteinte à l'indissolubilité du lien, et malgré qu'on reconnût qu'il ne pouvait exister de sacrement légitime là où l'un des époux était impropre à sa consommation, on préférait laisser subsister les mariages de cette nature plutôt que de s'exposer à en dissoudre de réels : *Tolerabilius est aliquos contra statuta hominum dimittere copulatos, quem conjunctos legitime contra statuta domini separare;* et cette décision d'Innocent III a, pendant dix siècles, formé le droit commun des tribunaux romains. Le corollaire qu'un autre pontife tirait de cette disposition était : que ceux qui ne pouvaient vivre comme époux devaient vivre comme frère et sœur : *Romana ecclesia consuevit judicare ut quas tanquem uxores habere non possunt, habeant ut sorores.*

L'Eglise gallicane obéissait à d'autres principes. Les conciles de Verberie et de Compiègne, tenus dans le VIIIe siècle, considéraient l'impuissance comme un moyen de nullité du mariage, mais ils n'admettaient d'autre preuve de cette impuissance que le serment du mari, ce

qui, comme le faisait observer Merlin, atteignait à peu près au même résultat que celui consacré par l'Eglise romaine, c'est-à-dire le maintien du mariage. Juge et partie dans sa propre cause, le mari avait toujours le moyen de rendre illusoire la pénalité qu'il ne lui convenait pas de subir.

358. — Vers le XIIe, l'Eglise romaine dut se départir de sa rigueur. La femme qui jusques là avait par ferveur religieuse supporté, comme un sacrifice agréable à Dieu, les privations que lui imposait l'impuissance de son mari, avait à cette époque changé de sentiments et de langage : *Volo esse mater* disait-elle *volo procreare liberos, et ideo maritum accepi ; sed vir quem accepi frigidæ naturæ est et non potest facere illa propter quas illum accepi.*

A dater de ce moment, la nullité du mariage pour cause d'impuissance fut admise en principe. Mais le mode de preuve à consacrer devint un obstacle difficile à franchir. On emprunta d'abord à l'Eglise gallicane le serment du mari. On eut ensuite recours à la conformation de celui-ci, puis à la visite de la femme. Mais toutes ces preuves furent bientôt appréciées à leur juste valeur et successivement abandonnées par l'une et l'autre Eglise.

Restait donc un principe à peu près inapplicable par l'extrême difficulté d'arriver à constater le fait qui l'avait provoqué. Notons cependant, entre les deux Eglises, cette autre différence : que l'Eglise romaine refusait au jugement de rupture tout effet définitif. Ainsi, si les époux séparés, ayant formé d'autres nœuds, avaient des preuves de leur capacité, ces nœuds étaient annulés et le premier mariage reprenait son autorité. L'Eglise gallicane, au contraire, considérait le jugement comme irrévocable, dès qu'il avait acquis l'autorité de la chose jugée.

359. — Cet aperçu historique n'était pas inutile pour l'appréciation des dispositions de notre Code civil et pour l'intelligence des questions qui peuvent encore s'élever sur cette matière. Ce qui frappe, en l'examinant, c'est l'existence des efforts tentés pour atteindre un résultat juste au fond, mais insaisissable dans sa cause déterminante.

360. — Nous disons que la nullité du mariage était juste au fond, et cela tant sous le rapport religieux que sous le rapport civil. Evidemment, en effet, concourir à un sacrement avec la certitude de ne pouvoir le consommer, c'est commettre une profanation et un sacrilège. L'Eglise l'avait ainsi jugé, en prononçant que, pour l'impuissant, il n'y avait qu'un simulacre de mariage dont elle n'avait pu éterniser les vœux, et en déclarant ce mariage nul.

Sous le rapport de la loi civile, le maintien du mariage, lorsqu'il y a impuissance de l'un des époux, est contraire à la justice, dangereux pour la morale, funeste à l'intérêt de l'Etat. En effet, dit éloquemment Merlin, on cherche dans le mariage la consolation de la vie et la sauvegarde de la vertu; il est destiné à donner des citoyens à la patrie, et l'impuissance de l'un des époux fait, pour tous les deux, le plus grand tourment de la vie de ce qui devait en être le charme; les désirs de la nature, irrités vainement par ce qui était destiné à les satisfaire, deviennent, par l'impuissance, l'attrait le plus terrible du vice et le danger le plus imminent pour la vertu; et la patrie perd à la fois, par l'impuissance de l'un, tous les fruits de la fécondité de l'autre [1].

[1] Rép., v° *Impuissance*, n° 1.

361. — Ces considérations, aussi puissantes que vraies, ne pouvaient être méconnues par les éminents rédacteurs du Code. Mais la sanction des conséquences logiques qui en naissaient eût placé la loi nouvelle en présence des embarras les plus inextricables. Fallait-il, comme la législation précédente, parcourir l'échelle honteuse des preuves tour à tour indiquées? Descendre enfin jusqu'au hideux congrès condamné par la morale et l'honneur avant de l'être par la raison et la justice?

Et si rien n'était capable d'éclaircir un mystère impénétrable, n'était-il pas rationnel de proscrire le retour de ces accusations qui ne pouvaient que produire un scandale inutile. Les auteurs du Code ont été unanimes pour l'affirmative, et l'impuissance ne figure plus dans les causes de nullité du mariage.

Il est vrai qu'elle n'en a pas été nommément bannie, et ce silence a suffi pour qu'on ait été tenté de jeter quelques doutes sur la pensée du législateur. Il y a plus, a-t-on dit, en discutant le titre du divorce, le premier consul faisait remarquer qu'il était convenu que lorsqu'il y a impuissance, la matière du mariage manque, à quoi Portalis ajoutait que l'impuissance, cette cause honteuse et difficile à prouver, avait toujours été un principe de nullité du mariage [1]. Donc le Code n'a nullement innové aux principes anciens sur cette matière.

Mais c'est ailleurs qu'on doit rechercher quelle a été la véritable pensée du législateur. Or cette pensée se décèle avec netteté et précision dans la discussion du titre de la paternité et de la filiation. On n'a pas fait de l'impuissance, dit M. Tronchet, l'objet d'une action en nul-

[1] Procès-verbal du 16 vendémiaire an x.

lité de mariage, et ce silence est fondé en raison, car il n'y a pas moyen de reconnaître avec exactitude l'impuissance. En général, il était dans l'esprit du projet d'anéantir cette cause sous tous les rapports [1].

Il est donc certain que sous l'empire du Code, l'impuissance n'est plus un motif pour attaquer le mariage [2]. Conséquemment l'époux qui aurait été trompé par des manœuvres dolosives sur la capacité de son conjoint, ne pourrait trouver, dans l'existence prouvée du dol le moyen d'être relevé de son engagement.

362. — Mais cette décision s'applique-t-elle à tous les cas d'impuissance naturelle ou accidentelle? Doit-on, au contraire, décider que le mariage doit être annulé toutes les fois que l'impuissance alléguée sera apparente et facile à constater?

Cette question importante a divisé la doctrine [3] et la

[1] Procès verbal du 14 thermidor an x.

[2] *Voy.* Vazeille, I, 90; Magnin, Des *minorités* p. 96; Marcadé, II, p. 55, n° 7; Demolombe, III, 12; Aubry et Rau, V, § 464, p. 101; Toulouse, 10 mars, 1858, Sir. 58, 2,660; Nîmes, 29 nov. 1869; Sir. 70, 1, 78. — *Contra*, Delvincourt, I, p. 206 et 207; Demante, I, 325 *bis*, IV; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 319, note 1.

[3] Parmi les auteurs qui décident que l'impuissance ne constitue pas par elle-même une cause de nullité du mariage, il en est qui soutiennent que si l'impuissance de l'un des époux était manifeste, l'autre époux pourrait, le cas échéant, demander pour cause d'erreur, et en vertu de l'art. 180, l'annulation du mariage — Merlin, *Rép.* v° Impuissance, n° 2; Toullier, I, 526; Duranton, II, 67-71; Vazeille, I, 93; Marcadé, II, p. 55, n° 7; Demolombe, III, 254. Mais il existe entre eux des dissidences : tandis que, suivant Toullier et Duranton, l'impuissance accidentelle pourrait seule donner lieu à une demande en nullité du mariage, suivant Merlin, Vazeille, Marcadé et Demolombe, il n'y aurait aucune distinction à faire entre l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, pourvu que cette dernière impuissance fût manifeste

jurisprudence. Elle mérite dès lors un examen particulier. De plus, elle intéresse à un puissant degré la matière que nous traitons, car l'erreur sur la capacité de l'époux pourra n'être que la conséquence d'un dol véritable.

Qu'en est-il donc dans l'hypothèse d'une impuissance accidentelle?

Nous pouvons, pour résoudre cette question, consulter avec fruit les législations précédentes. Or, nous l'avons vu, sous leur empire la nullité du mariage, pour cause d'impuissance, avait paru nécessaire et juste. La loi naturelle, comme la loi civile, n'avait pas hésité à le consacrer.

La cause unique des hésitations qui signalèrent les premiers pas des législateurs, c'est la difficulté d'application devant laquelle on se trouvait, la difficulté telle, que la constatation du fait déterminant la nullité, était à peu près impossible. Mais la légitimité du principe n'en était nullement altérée, et ce qui le prouve, c'est la multiplicité des efforts tentés pour écarter l'obstacle qui s'opposait à sa consécration.

Ce n'est donc pas ce principe que le nouveau législateur pouvait et devait condamner. Nous avons vu qu'il en avait au contraire formellement reconnu l'autorité et la justice. Mais ce qui l'a déterminé à l'exclure de ses dispositions, c'est la conviction puisée dans l'expérience de ses prédécesseurs de l'inutilité de toute recherche, de l'inefficacité des moyens tour à tour employés pour pénétrer un

et résultât d'un vice de conformation. MM. Aubry et Rau repoussent l'opinion de ces auteurs; car, disent-ils, l'erreur dans laquelle serait, en pareil cas, tombé l'un des conjoints, ne porterait que sur les qualités physiques de l'autre, ce qui ne peut fonder une demande en nullité du mariage. Vol. v, § 464. p. 101. — Voy. aussi. Laurent, II. 298.

mystère demeuré impénétrable; c'est le scandale des épreuves immorales auxquelles il fallait recourir pour arriver, en définitive, à ce résultat : que des hommes jugés impuissants et dont le mariage avait été dissous, obtenaient d'un autre mariage une nombreuse postérité. L'opinion de M. Tronchet, comme celle de plusieurs autres orateurs du Corps législatif, ne laisse aucun doute à cet égard.

Ainsi, si l'impuissance ne figure plus au nombre des causes de nullité du mariage, c'est que son existence est insaisissable; qu'il était donc inutile d'en admettre la recherche, alors que toute l'habileté de la science ne pouvait promettre le moindre résultat. Cette conviction acquise, il était complètement illusoire de recourir à ses lumières.

Mais ne faut-il pas conclure de ces considérations que, placée dans une hypothèse contraire, la loi eût sanctionné une décision différente? *Cessante causa, cessat effectus* Or, le motif de la prohibition n'étant que celui que nous venons d'indiquer, on ne saurait raisonnablement étendre cette prohibition lorsque l'impuissance produite par un accident doit, en quelque sorte, être prise sur le fait; lorsque visible pour les gens de l'art, il est permis d'en fixer la cause, d'en déterminer les effets. Il faut, dans ce cas, revenir aux principes généraux du droit et annuler le contrat pour absence d'une de ses conditions essentielles, la capacité de la partie.

Cette conclusion, attribuant à l'impuissance accidentelle un effet qu'on refuse avec raison à l'impuissance naturelle, se justifie très-bien par les considérations qui précèdent. Elle trouve, de plus, un fondement légal dans la disposition des art. 312 et 313 du Code civil.

Aux termes de ce dernier, le mari ne peut, sous prétexte de son impuissance naturelle, désavouer l'enfant né du mariage. Cette règle découlait logiquement de celle admise pour le mariage lui-même. Le même motif qui empêche d'en prononcer la dissolution était un obstacle à ce que la paternité pût être mise en doute. Celui à qui l'on ne saurait arracher la qualité de mari, ne pourra jamais exciper d'une prétendue impuissance pour répudier celle de père.

Il y a donc entre l'action en désaveu et celle en nullité du mariage, une corrélation nécessaire et juste. On peut, dès lors, conclure de ce que l'une étant refusée, l'autre l'est également; que l'admission de celle-ci doit, par voie de conséquence, rendre celle-là également admissible. Or, le désaveu de l'enfant pour impuissance accidentelle, est formellement autorisé par l'art. 312. La loi n'exige même pas que cette impuissance ait été postérieure au mariage, il suffit qu'elle soit réelle. Serait-il donc juste d'imposer perpétuellement comme époux celui qui pourrait à son gré aliéner la qualité de père!

Dira-t-on que la loi qui s'est expliquée pour le désaveu, n'aurait pas manqué de le faire pour le mariage, si elle eût entendu les ranger tous les deux sur la même ligne? Mais cette objection tombe devant la nature de ces deux actes. Le désaveu, matière toute exceptionnelle, ne pouvait emprunter ses conditions et ses formes que dans des dispositions spéciales qu'il convenait de formuler le plus nettement possible. Le mariage, au contraire, quoique revêtu d'une plus grande solennité, n'en a pas moins tous les caractères des contrats ordinaires. La loi pouvait donc, en s'en occupant, s'en référer aux principes généraux applicables aux obligations. Or, la capacité des

parties, relativement à l'objet du contrat, est une condition rigoureusement requise. Son absence certaine pour le cas de mariage devait, par application de ces principes, en faire prononcer la nullité.

Il est vrai que cette absence se réalise dans l'hypothèse d'une impuissance naturelle et que le mariage n'en subsiste pas moins. Mais ce résultat, nous l'avons dit, est dû bien plutôt à l'impossibilité de reconnaître cette absence et de la constater, qu'à une exception à la disposition de l'art. 1108. D'ailleurs, si le mariage est maintenu, la paternité à son tour reste à tout jamais imposée. Et c'est précisément de l'anomalie qu'on créerait, en maintenant l'un et en effaçant l'autre, que nous tirons cette conséquence qu'on ne saurait séparer la nullité du mariage de l'action en désaveu; et que l'admission de celle-ci pour impuissance accidentelle doit, si cette impuissance a préexisté au mariage, autoriser sa dissolution.

C'est, au reste, ce que la doctrine a universellement admis. Ainsi, M. Toullier, notamment, n'hésite pas à enseigner qu'on doit annuler le mariage frauduleusement contracté par un eunuque.

De cette solution et des considérations qui la légitiment, il semblerait résulter qu'on devrait admettre la nullité du mariage dans le cas d'une impuissance naturelle mais apparente. Il est évident, en effet, qu'il n'y a entre cette hypothèse et celle d'une impuissance accidentelle aucune différence, puisque dans l'une comme dans l'autre l'infirmité est facilement appréciable dans sa cause et dans ses effets.

363. — Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Toullier. Aussi critique-t-il vivement un arrêt que la Cour de

Trèves a été appelée à rendre le 1er juillet 1808 dans l'espèce suivante :

« Un individu fait assigner sa femme en nullité du mariage qu'ils avaient contracté, sur le motif qu'elle est, par un vice naturel de conformation, incapable de remplir le but du mariage.

» La femme ne nie pas le vice de sa conformation. Elle prétend seulement qu'il n'existait pas avant le mariage; et qu'il provient du fait de son mari; elle ajoute qu'il n'y a dans le Code civil aucune disposition d'après laquelle on puisse fonder une action en nullité du mariage sur les défectuosités corporelles de l'un des époux; que la demande de son mari ne tend à rien moins qu'à la faire visiter, c'est-à-dire à ressusciter les procès scandaleux sur l'impuissance que le législateur a voulu écarter pour jamais; et qu'au surplus, la demande du mari est non recevable, par cela seul qu'elle n'a été intentée qu'après neuf mois de cohabitation.

» Ce système est accueilli par le tribunal de Cousel, qui décide que le défaut de consentement, tiré de l'ignorance de l'infirmité d'une des parties, ne rentre pas dans les cas prévus par l'art. 146; que l'erreur qui résulte de cette ignorance n'est pas celle régie par l'art. 180; que dans tous les cas la demande serait non recevable pour avoir été formée plus de six mois après la découverte de l'erreur.

» Sur l'appel de ce jugement, un premier arrêt intervient le 27 janvier 1807, par lequel la Cour, attendu que les causes physiques et le défaut de conformation qui s'opposent au but naturel du mariage, sont des empêchements qui l'annulent de plein droit, et que l'action qui en naît n'est pas susceptible d'être prescrite par le laps de

six mois, ordonne, avant dire droit, que l'intimée sera visitée par des gens de l'art.

» Le rapport de cette visite ayant été versé au procès, arrêt définitif qui annule le mariage »[1].

364. — La critique que M. Toullier fait de ces deux arrêts nous surprend sous un double rapport :

1° M. Toullier enseigne que le mariage frauduleusement contracté par un eunuque doit être annulé. Nous comprenons très bien la différence qui existe entre l'impuissance accidentelle et celle que rien n'annonce. Mais entre une mutilation opérée par la main de l'homme et l'infirmité de ces êtres incomplets, difformes, dans la production desquels la nature semble s'être jouée de ses propres lois, nous ne saurions en établir aucune. Le vice des uns est-il moins appréciable, moins certain que celui des autres? Pourrait-on, dès lors, sans inconséquence, ne pas les confondre dans une règle unique, quant à la nullité du mariage par eux contracté?

2° M. Toullier soutenait tout à l'heure que l'erreur sur la qualité équivaut à l'erreur sur la personne, si cette qualité était tellement irritante que les époux en aient fait une condition sans laquelle ils n'auraient pas consenti leur union. Or, dans quelle circonstance cette condition se réalisera-t-elle mieux que dans celle qui nous occupe?

L'impuissance du conjoint enlève, en effet, au mariage, son caractère, en dénature les rapports, en rend le but impossible. Conséquemment, l'époux qui soutiendra que la connaissance de cette incapacité l'eût empêché de con-

[1] *J. du P.*, tom. VI, pag. 467.

tracter, dira une chose aussi juste que certaine, à moins qu'on admette qu'il aurait consenti à vivre comme frère ou sœur avec celui qu'il ne peut avoir comme époux.

M. Toullier se met donc doublement en contradiction avec sa propre doctrine, et ce qui détermine ce résultat, c'est qu'il confond l'impuissance naturelle apparente avec celle qui demeure éternellement cachée. Ainsi, l'un des griefs qu'il reproche à l'arrêt de Trèves, c'est de renouveler ces procès scandaleux, ces visites indécentes qui blessent la pudeur, que réprouve la morale [1].

Les visites corporelles n'ont ce double caractère que lorsqu'il est d'avance certain qu'elles ne produiront aucun résutat utile. C'est ce que M. Toullier rappelle en indiquant que le législateur a dû les proscrire parce qu'elles ne *pouvaient fournir aux gens de l'art que des conjectures trompeuses, souvent démenties par le fait.* Q'on ne les permette donc plus lorsque le demandeur, excipant de l'incapacité de son conjoint, est dans l'impossibilité d'en assigner la cause, c'est ce que le monde admet; mais les défendre lorsque la cause de l'incapacité est visible, saisissable, c'est se jeter dans l'injustice sans raison plausible, à moins qu'on ne prouve que le législateur a entendu se priver d'une manière absolue de cette voie d'instruction.

Or, le contraire résulte et de la faculté de désavouer l'enfant, sur le motif d'une impuissance accidentelle, et de la décision prise contre le mariage contracté en cet état. C'est, en effet, par une visite que la prétention du père sera vérifiée; c'est aussi par ce moyen qu'on recherchera si l'époux est bien réellement l'être dégradé qu'on indique.

[1] *Droit civil,* nº 535 et la note.

Dès lors, et puisque la loi autorise la visite corporelle toutes les fois qu'elle doit produire un résultat utile, il suffit de faire remarquer, pour la justification de la doctrine de l'arrêt de Trèves, que dans l'espèce, l'objet de la visite étant parfaitement déterminé, on était certain d'arriver à une constatation matérielle et décisive pour la justice.

C'est ce qui se réalisera toutes les fois que l'impuissance résulte d'une difformité, d'un vice de conformation apparent. Comme une pareille hypothèse ne diffère en rien de celle d'une impuissance accidentelle, nous ne voyons aucun inconvénient à ce qu'on arrive par les mêmes voies à un résultat non contesté pour cette dernière, c'est-à-dire à la nullité du mariage.

« Mais ajoute M. Toullier, si l'époux refuse la visite, ne s'exposera-t-on pas à casser un mariage sur un concert entre les époux qui auront pris ce moyen pour se débarrasser d'un lien qui les gêne? »

Merlin, qui est, sur le fond, d'une opinion contraire à celle de M. Toullier, s'arrête à cette objection, et croit que si l'époux refusait la visite, on ne pourrait passer outre et prononcer la nullité du mariage. J'en demande pardon à ces illustres maîtres, leur solution ne me paraît ni logique ni légale. Si la nullité du mariage est admise en principe, on ne saurait reconnaître à l'un des époux la faculté et le droit d'en rendre l'application impossible; ce serait sacrifier la loi elle-même à une obstination irrationnelle et injuste. Bientôt l'eunuque frauduleusement marié refuserait à son tour la visite ordonnée pour constater son état, et l'épouse, au secours de laquelle le législateur doit, de l'avis de tous, accourir, victime de cette nouvelle fraude, se verrait pour toujours enchaînée au sort de celui

qui l'a indignement trompée. Cela, évidemment, ne pourrait se réaliser sans blesser l'équité, sans introduire dans la loi une véritable anarchie. Nous pensons donc qu'en l'état du refus que l'époux ferait de subir la visite ordonnée, le fait allégué devrait être tenu pour certain et produire toutes ses conséquences légales.

Que cette solution puisse, dans un cas donné, favoriser une fraude, cela est possible, mais peu probable. On ne consentira pas facilement à passer aux yeux de ses concitoyens pour un être incomplet ou dégradé; à subir les humiliations et les avanies qu'une idée pareille est dans le cas d'attirer; car des procès de ce genre auront du retentissement, et longtemps encore la malignité publique s'exercera aux dépens de celui qu'on lui a signalé. Ce qui doit, au reste, rassurer contre la fraude que craint M. Toullier, c'est le peu de fréquence des contestations de ce genre. Cette fraude n'est donc venue à l'esprit de personne, même depuis l'arrêt de Trèves. Cependant, de 1808 jusqu'à nous, que de ménages désunis! que de mariages pour lesquels la lune de miel n'a pas été sans tempêtes!

Dans tous les cas, le danger de favoriser une fraude fût-il sérieux, le mal n'égalerait jamais celui qu'éprouverait l'ordre social de l'atteinte que la volonté d'un particulier occasionnerait à la loi. On encouragerait la résistance en la récompensant, et l'on affaiblirait ainsi ce respect pour la justice, qui est la première garantie et le lien le plus puissant de toute société. Dans cette matière, comme dans toute autre, les magistrats concilieront les convenances avec les lois de la pudeur la plus délicate. Celui qui prétendra se soustraire à leur décision n'aura donc aucun motif avouable. On pourra et l'on devra dès

lors considérer sa conduite comme l'aveu de l'existence de l'infirmité qu'on lui reproche et, conséquemment, annuler son mariage.

Ainsi, l'impuissance apparente, accidentelle ou naturelle vicie le mariage. Le contrat n'a jamais pu valablement exister, car le consentement n'a été que le résultat d'un dol ayant eu pour effet de tromper sur la capacité de la partie. Cette absence de capacité pouvant être établie, la constatation fait disparaître la matière même du contrat et, conséquemment, toute possibilité d'un lien obligatoire et légal [1].

365. — En résumé, le dol, même lorsqu'il a été la cause déterminante du mariage, n'influe en rien sur sa validité. Mais cette règle reçoit exception : 1° lorsque le dol a produit l'erreur sur la personne par la substitution de celle qu'on a épousée à celle que l'on voulait et que l'on croyait épouser; 2° lorsque le dol a été pratiqué sur la matière même du contrat que l'un des époux est dans l'incapacité de consommer. Cette dernière exception est elle-même soumise à cette condition, que l'impuissance qui en fait la base soit apparente et matériellement appréciable. L'impuissance réelle, mais cachée, ne saurait, dans aucun cas, autoriser l'action en nullité.

Le mariage lui-même peut n'être qu'une simulation dans l'objet de rendre exigibles des avantages subordonnés à sa célébration. Un pareil mariage reste indissoluble entre les époux; seulement il ne produit contre les tiers aucun des effets qu'on s'en était promis.

[1] Merlin, v° *Impuissance ;* — Vazeilles, *Du mariage,* tom. 1, n° 92 ; —Chardon, *Du dol.* — *Contra :* Toullier, *loco citato;* Favard, v° *Mariage.*

Le dol qui ne suffit pas pour rompre le lien, peut en amener quelquefois le relâchement; mais seulement lorsque l'erreur qu'il a déterminée est telle que la cohabitation blesserait la conscience ou violerait les sentiments d'honneur et de délicatesse de l'un des époux.

Enfin, le dol exercé à l'occasion des stipulations matrimoniales tombe sous l'empire des principes ordinaires. Il entraîne donc la nullité de la convention, s'il réunit les caractères exigés par l'art. 1116 du Code civil. Cette nullité atteint l'époux qui profiterait du dol, alors même qu'il y serait demeuré personnellement étranger, et cela, par application des principes régissant le dol indirect.

SECTION III

DOL DANS LES LIBÉRALITÉS

SOMMAIRE.

366. Importance de la faculté de disposer de ses biens.
367. Nullité des libéralités entachées de dol.
368. Cette nullité est de plein droit dans le cas de dol présumé.
369. Dans le cas où la libéralité serait faite par interposition de personnes.
370. Nullité pour insanité d'esprit chez le donateur ou testateur.
371. Fondements de l'art. 901 du Code civil.
372. Comment doit-on entendre l'insanité d'esprit à l'endroit des libéralités ?
373. Arrêt de la Cour de cassation.
374. Anciennes législations conformes aux principes actuels.
375. L'insanité d'esprit fait présumer la suggestion.
376. Peut être prouvée par témoins.
377. Ce n'est pas là déroger à l'art. 1341.
378. A quelles conditions admettra-t-on cette preuve.
379. Nécessité de l'articulation des faits. — Son utilité sous un double rapport.
380. Comment s'apprécie la pertinence des faits.
381. Législation ancienne sur les intervalles lucides.
382. Législation actuelle. — Dissentiment avec Toullier et Grenier sur l'application de l'art. 502.
383. Opinion de Merlin.

384. Arrêt de la Cour de cassation préjugeant dans le sens de celle-ci.
385. Conséquences de cette doctrine, quant aux obligations du légataire.
386. La preuve de la raison du testateur sera assez difficile dans certains cas. — Ses éléments.
387. Résumé.
388. Effet de la captation non présumée.
389. Doutes, sur ce qui la concerne, soulevés par le silence du Code.
390. Peut toujours être prouvée par témoins.
391. Caractère de cette preuve.
392. Comment distinguera-t-on la captation licite de celle qui ne l'est pas.
393. Le concubinage annule-t-il les libéralités comme faisant présumer la captation ?
394. Comment on apprécie la gravité des faits.
395. L'allégation de faits graves ne fera pas toujours admettre la preuve.
396. Première condition pour l'admissibilité. — Les faits doivent tendre à établir que la captation dolosive a été la cause déterminante de la libéralité.
397. Espèce jugée par la Cour de Dijon.
398. Deuxième condition. — Contrariété entre la volonté exprimée et celle précédemment manifestée.
399. Opinion de Merlin sur la pertinence.
400. La preuve ordonnée et faite détermine l'annulation du testament ou de la donation, mais on ne peut ni la modifier ni la réduire.
401. Mais la nullité n'a d'effet que sur la disposition attaquée; elle ne peut atteindre l'ensemble des dispositions.
402. Le dol indirect produit le même effet que le dol direct.
403. La plainte en captation est-elle recevable contre la donation entre vifs ?
404. Etat des législations anciennes sur l'empêchement de tester.
405. Conséquence du système adopté par le Code.

406. Dissentiment avec M. Chardon, quant aux effets à l'endroit de l'héritier testamentaire.
407. Nature de l'action réservée à celui qui est victime de l'empêchement de tester.
408. Caractère de ce dol. — Pertinence des faits tendant à l'établir.
409. Qui est tenu de dommages-intérêts?
410. Qui peut en réclamer?
411. Suppression de testament; caractères.
412. Admissibilité de la preuve testimoniale.
413. Effet de la suppression sur l'exécution du testament et la régularité de ses formes.
414. Arrêt de la Cour de Cassation.
415. *Quid* par rapport à la partie profitant du dol sans y avoir participé.
416. Action, dans ce cas, de l'héritier contre l'auteur du dol.
417. Effet de la suppression par rapport à l'hérédité.
418. Droit des tiers.

366. — La faculté pour l'homme de disposer de ses biens, soit par donations entre vifs, soit par testament, est une des plus précieuses prérogatives du droit de propriété. Elle est née avec ce droit lui-même; elle a toujours été accueillie par les diverses législations avec la même faveur.

« Cet assentiment commun des peuples, dit M. Favard, est fondé sur ce que l'intérêt public exige que le propriétaire puisse, à sa volonté, disposer de tout ou de partie de son patrimoine, pour reconnaître le zèle et le dévouement de l'amitié, encourager ceux de ses héritiers qui se portent au bien, donner des consolations à ceux qui éprouvent les disgrâces de la nature ou les revers de la fortune, récompenser les soins d'un serviteur fidèle, punir l'abandon ou l'indifférence de parents ingrats [1] ».

[1] *Rép.*, v° *Testament.*

L'importance sociale d'une pareille mission était certes de nature à en faire accueillir le développement avec la plus haute faveur. Qui mieux que le père de famille lui-même pourrait prétendre exercer dans de plus justes proportions ce droit de récompenser et de punir?

367 — L'expression de sa volonté devait donc prévaloir et a, en effet, prévalu. La loi ne règle l'ordre des successions que dans le cas où le défunt a négligé ou répudié la faculté qu'on lui en accorde. Mais le respect du législateur ne serait plus qu'un véritable abus si la loi testamentaire avait été surprise par dol ou arrachée à une pensée inintelligente. La nécessité d'une volonté éclairée et libre, base essentielle de tous les contrats, se fait plus particulièrement sentir en matière de libéralités. Ces actes, en effet, soulevant tant de désirs peuvent déterminer une infinité de manœuvres dont la réussite présente de grandes facilités; car, ainsi qu'on le faisait remarquer, *ces actes se réalisent souvent dans des circonstances tellement critiques pour l'intelligence et la volonté de leur auteur, qu'il serait impossible de rester convaincu qu'il avait l'entière liberté de son esprit* [1].

« Le législateur, dit M. Grenier, n'a pas dû considérer les dispositions gratuites du même œil que les autres actes. La loi redouble de précaution pour prémunir l'homme contre les pièges de la cupidité, qui peut épier un instant de faiblesse ou le provoquer afin d'extorquer une libéralité [2].»

Cette prévoyance de la loi se décèle par les soins qu'elle

[1] Jaubert, *Rapport au Tribunat.*
[2] *Des donations*, t. 1, n° 102.

apporte à proscrire toutes les dispositions qui ne seraient pas l'expression d'une volonté indépendante et spontanée. Telle est, en effet, l'économie de notre législation, que la libéralité qui puiserait son origine dans l'emploi d'une influence illégitime, ne saurait sortir à effet.

368. — La loi a fait plus encore : elle admet de plein droit la nullité de la disposition, selon que son auteur a pu plus facilement être entraîné, selon que ceux en faveur de qui elle est prise se sont trouvés en position de l'obtenir plus aisément. C'est ce qui a déterminé les incapacités créées par les art. 909 et suivants du Code civil.

Ainsi sont nulles et de nul effet les libéralités faites :

1° Par un mineur à son tuteur, soit pendant la minorité, soit depuis la majorité, mais avant l'apurement du compte tutélaire ;

2° Par un malade, pendant le cours de la maladie, aux médecins, chirurgiens, officiers de santé ou pharmaciens qui lui ont donné leurs soins ; au ministre du culte qui a dirigé sa conscience.

Évidemment, ces prescriptions n'ont pas d'autres motifs que la qualité même des personnes, objets de la libéralité. Il est certain que, dans beaucoup de cas, cette qualité a pu être sans influence sur la détermination du disposant. Mais, en fait, on ne saurait disconvenir de la facilité que rencontrerait le résultat contraire. On connaît, notamment, l'empire que le médecin du corps, l'autorité plus dangereuse encore que le médecin de l'âme, peut acquérir sur la volonté de celui qui voit dans l'un, l'arbitre de sa santé, dans l'autre l'arbitre de son salut. L'abus est donc facile, et l'utilité de la précaution prise

pour le prévenir n'est que trop prouvée par les nombreuses répressions que la justice a eu à consacrer.

Nous n'avons pas à revenir autrement sur les conditions et les effets de ces incapacités, nous les avons exposés en traitant du dol présumé. Quant aux fraudes que le désir d'éluder la loi peut déterminer, nous aurons à les examiner lorsque nous nous occuperons de la fraude. Bornons-nous à faire remarquer que la présomption de dol résultant de l'incapacité est générale et absolue; qu'aux termes de l'art. 911, elle annule les libéralités faites à l'incapable, soit qu'on les ait déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'elles aient été faites sous le nom d'une personne interposée.

369. — Prohiber d'atteindre indirectement au résultat qu'on ne peut obtenir par la voie directe, était une mesure indispensable au succès de la prohibition. Il était facile de prévoir que celui qui ne recule pas devant l'emploi de moyens illégitimes pour obtenir une libéralité, n'hésiterait pas à tenter toutes les fraudes pouvant faire réussir sa spéculation. Or, en tête de ces fraudes, figuraient la simulation du titre et l'interposition de personnes.

L'une et l'autre conduisent à un résultat identique, la nullité de l'acte. Il y a cependant entre elles cette différence que l'interposition n'a pas besoin, dans certains cas, d'être prouvée. Ainsi elle est de plein droit présumée, lorsque la libéralité est faite en faveur des père et mère, des enfants ou descendants, de l'époux de l'incapable. Dans tous les autres cas, elle doit, comme la simulation, être prouvée par celui qui l'allègue.

Remarquons, en effet, que la qualité ne détermine l'in-

capacité que relativement aux actes à titre gratuit, et qu'on ne saurait s'en prévaloir lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux. L'on revient pour ceux-ci aux principes ordinaires, c'est-à-dire que l'acte fait foi de ce qu'il contient, et que si la confiance qui lui est due peut être altérée, ce n'est que par preuve du vice dont on le prétend entaché. L'incapacité de recevoir une libéralité ne fait pas même présumer la simulation, car le dol et la fraude ne se présument pas. L'art. 911 ne déroge à ce principe qu'à l'endroit de l'interposition de personnes, lorsque celui qui a traité appartient à l'une des catégories qui y sont énumérées.

C'est donc au demandeur à prouver la simulation dont il se prévaut pour faire annuler l'acte. Il peut puiser cette preuve dans les circonstances qui lui paraîtront graves et précises, recourir même à la preuve orale. Mais si cette justification n'est pas fournie, l'acte à titre onéreux, passé avec l'un de ceux que la loi déclare incapables de recevoir, n'en sortira pas moins son effet [1].

370. — Les personnes contre lesquelles nous venons de voir le législateur se prémunir ne sont pas malheureusement les seules dont on ait à se méfier. Il en est que l'avidité seule introduit dans le sein d'une famille, et qui, dans l'objet de s'enrichir, abusent de la démence elle-même pour obtenir ce qu'ils n'auraient pas osé demander à l'affection.

Contre de pareils attentats, il n'existait aucun remède spécial. Le seul qu'il fût permis de sanctionner est celui

[1] Montpellier, 19 mai 1813; — Duranton, tom. VII, nº 267 : — Proudhon, *De l'usufruit*, tom. IV, nº 2363.

qui résulte de la disposition de l'art. 901, suivant laquelle, pour faire une libéralité quelconque, il faut être sain d'esprit.

La nullité que l'absence de cette condition entraîne ne procède pas seulement des inspirations règlant le consentement en matière ordinaire. Elle est une déduction essentielle de la pensée que la loi manifeste dans la création des incapacités que nous venons de rappeler. Celui qui n'a pas la plénitude de sa raison est, à l'égard de ceux qui l'approchent, dans une position pire encore que celle du malade envers son médecin ou son confesseur. Celui-ci peut résister et se soustraire à l'influence dont on veut user, l'autre est, par son infirmité même, dévoué à toutes les inspirations intéressées qui viendront l'assaillir. On le déterminera facilement à prendre une résolution contre laquelle son cœur et sa raison eussent également protesté s'il avait pu l'apprécier sainement.

La certitude de ce danger devrait donc, comme pour les incapacités, faire admettre la présomption d'une suggestion dolosive. Nous arrivons ainsi à nous expliquer d'une manière rationnelle la disposition de l'art. 901 du Code civil.

371. — En effet, si cet article n'avait eu en vue que l'incapacité du donateur, sa disposition était complètement inutile. En les rangeant sur la même ligne que les contrats ordinaires, la donation et le testament en subissaient tous les principes. A quoi bon, dès lors, exiger spécialement pour ce qui les concerne, la sanité d'esprit? Mais est-ce que, pour consentir un contrat quelconque, il ne faut pas être sain d'esprit? Est-ce que la capacité des parties n'est pas une des conditions essentielles à la

validité des engagements? Il y a donc, dans l'art. 901, autre chose que ce qui a motivé les art. 1108 et suivants du Code civil, et cette autre chose n'est que la présomption de suggestion que nous relevions tout à l'heure.

Ce qui le prouve, c'est que, dans le cas de l'art. 901, l'infirmation des libéralités n'est plus soumise aux règles tracées pour celle des contrats ordinaires. On sait qu'en droit commun l'insanité d'esprit ne peut résulter que du jugement qui prononce l'interdiction. Ce n'est qu'à partir de ce jugement que l'incapacité est légalement acquise. Les actes de celui qui est mort *integri status* sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, ne peuvent être attaqués pour cause de démence que si la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué [1].

Quant aux actes antérieurs à l'interdiction, l'art. 503 donne bien la faculté de les annuler, mais dans le cas seulement où la cause de l'interdiction aurait notoirement existé au moment de l'acte.

Mais l'interdiction ne peut être prononcée que si celui qui doit être frappé est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Conséquemment celui qui n'offrira pas cet état habituel, sera légalement capable de contracter, alors même qu'il éprouvera des absences d'esprit plus ou moins longues, à des intervalles plus ou moins rapprochés. L'acte qu'il aura souscrit dans une de ces absences n'en produira pas moins tous ses effets, s'il ne dècèle l'état de démence de son auteur.

Qui ne voit dès lors que l'application de ces règles aux donations et testaments ouvrait la plus large issue à de graves inconvénients et multipliait les chances de réussite

[1] Art. 504, Cod. civil.

en faveur du dol et de la fraude. C'est précisément un de ces moments de faiblesse que l'avidité mettra à profit, qu'elle s'évertuera à provoquer, afin d'extorquer des libéralités qu'une saine intelligence n'aurait pas consenties.

L'absence d'un jugement d'interdiction plaçait ces libéralités hors de toute atteinte. Le seul recours possible était celui autorisé par l'art. 504, dans le cas qu'il prévoit. Mais ce cas est-il facile à se réaliser? Une donation, un testament authentique sont le fait du notaire, du moins quant à leur rédaction. D'avance l'on peut être assuré qu'avant de recourir à son ministère, toutes les précautions seront prises pour parvenir à lui faire illusion sur l'état mental de celui qui consent l'un ou l'autre. Le testament olographe lui-même ne sera que d'un mince secours quant à la preuve de la démence, à moins de supposer un état tel que son auteur ne puisse machinalement écrire ce qu'on lui dictera.

S'en référer pour ces deux actes importants aux principes généraux sur la capacité, c'était donc consentir à valider des dispositions n'ayant qu'une apparence de raison, c'était encourager ces rapines honteuses que la cupidité ne multiplie que trop, et sacrifier à un vain scrupule l'intérêt des familles, le repos et la tranquillité de leur chef. La transmission des biens, pour être équitable et juste, doit être dirigée par une volonté éclairée et libre. Or, l'homme le plus intelligent, le plus habituellement raisonnable, peut subir, par l'effet de la maladie à laquelle il est en proie, une atteinte grave dans ses facultés mentales. L'espérance d'une guérison empêchera toujours la poursuite d'une interdiction que le caractère accidentel de la démence, son peu de durée rendraient d'ailleurs impos-

sible à obtenir. Faudra-t-il, cependant maintenir les libéralités que le malade aura pu faire en cet état?

C'est ce que l'art. 901 n'a pas voulu consacrer. En faisant de la sanité d'esprit une condition essentielle, la loi a permis d'attaquer les donations et les testaments pour cause de démence, sans se préoccuper si l'interdiction a été ou non prononcée, si la cause en existait notoirement ou non, si l'acte offre ou n'offre pas la preuve de la démence. En effet, si l'acte pouvait être maintenu sous le rapport de la capacité de son auteur, il devrait être annulé sous le rapport de la suggestion présumée.

372. — Ainsi les exigences de la loi ayant pour motifs autant la conduite de l'institué que l'incapacité du disposant, l'insanité d'esprit ne s'entend plus, à l'endroit des libéralités, d'un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Elle subsiste toutes les fois qu'il y a privation même *momentanée* de la raison [1]; toutes les fois qu'au moment de la confection de l'acte, le disposant était en proie à une passion violente qui trouble son jugement à l'égard des objets qui ont rapport à cette passion [2]; toutes les fois, en un mot, que la suggestion a pu facilement faire triompher ses prétentions et inspirer sa volonté.

373. — Le caractère véritable de l'art. 901, tel que nous venons de le définir, n'est plus aujourd'hui contesté [3]. Dans l'origine, on avait soutenu que la sanité d'es-

[1] Jaubert, *loco citato.*

[2] *Pandectes françaises,* art. 901.

* [3] Il est généralement admis que l'art. 504 est étranger aux dispositions à titre gratuit. — *Voy.* Merlin, Rép. v° Testament, sect. 1,

prit qu'il exige devait être régie par les principes ordinaires et subir l'application des art. 503 et 504. Mais la Cour de cassation, sur le réquisitoire de Merlin, proscrivit ce système qui, depuis, a été généralement abandonné. L'arrêt est ainsi motivé :

« Considérant que l'art. 504 du Code civil n'est point applicable aux donations entre vifs ni aux testaments, lesquels sont spécialement régis par l'art. 901 du même Code, qui a été définitivement adopté et promulgué en ces termes : *Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit ;* qu'il résulte de la généralité de ces expressions que, nonobstant les articles 1341, 1347, 1352 et 1353 dudit Code, il est permis aux parties d'articuler, et aux tribunaux de les admettre à prouver, tous les faits qui sont de nature à établir que l'auteur d'une donation entre vifs ou d'un testament n'était pas sain d'esprit au moment de la confection de ces actes, sans distinguer si ces faits ont ou n'ont pas constitué un état permanent de démence » [1].

Aucun doute donc ne saurait s'élever sur le sens et le caractère de l'art. 901. La donation, comme le testament, exige dans son auteur une appréciation raisonnée et intelligente. Cette condition manque si, au moment de l'acte,

§ 1, nos 2, 4 et 5; Toullier, II, 1363; Duranton, III, 787, et VIII, 755; Valette sur Proudhon, II, p. 543, obs. IV; Coin-Delisle, sur l'art. 901, n° 9; Troplong, II, 467-470; Demante, IV, 17 *bis*, II; Demolombe, VIII, 673 et 674, XVIII, 355; Aubry et Rau, VII, § 648, p. 14; Laurent, XI, 110. Req. 22 nov. 1810, cité par M. Bédarride; 17 mars 1813; 26 mars 1822; 22 nov. 1827; Civ. rej. 7 mars 1864; Sir. 64, 1, 163. — *Contra* : Maleville, sur l'art. 901; Delvincourt, II, p. 193 et suiv.

[1] Cass., 22 novembre 1810; voy. nombreux arrêts conformes; — Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Disp. entre vifs*, nos 8 et suiv. * — Voy. note précédente.

le souscripteur n'est pas sain d'esprit. Cet état, ne fût-il qu'accidentel ou momentané, n'en entraîne pas moins la nullité de l'acte [1]. Il suffit qu'il ait existé pour que la disposition soit viscéralement atteinte. Celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut manifester une volonté, il n'a ni la faculté, ni les moyens de le faire. En réalité, il ne peut concevoir une pensée ni l'exprimer. Les dispositions qu'on lui attribue sont présumées lui avoir été suggérées et être le fait de celui qui est appelé à en profiter.

Eh! ce qui devait surtout le faire décider ainsi, c'est que l'homme ne dispose le plus souvent de sa fortune que dans ses derniers moments. La donation elle-même, consentie quelques minutes avant la mort, n'en conserve pas moins le caractère qui lui est propre. Alors, cependant, que de dangers pour le malade! que de sollicitations! que d'embûches de la part de ceux qui l'entourent! En vérité, on ne pouvait faire moins, pour conjurer ces périls, que d'exiger, comme condition essentielle de la validité de l'acte, la sanité d'esprit, et d'annuler, en conséquence, les dispositions arrachées à une imagination malade, à une raison obscurcie.

[1] Est incapable de faire une donation ou un testament, non-seulement celui qui se trouve dans un état habituel de fureur, de démence, ou d'imbécillité, mais encore celui qui, pour une cause quelconque, telle que l'ivresse ou la maladie, est momentanément privé de l'usage de ses facultés. — Furgole, ch. IV, sect. II, n° 210; Duranton, II, 506; Demolombe, XVIII, 342-345; Aubry et Rau, VII, § 468, p. 13; Laurent, XI, 114, 121. — La monomanie qui n'affecterait l'intelligence que sur un point, sans l'anéantir en elle-même et sans détruire la volonté, emporte-t-elle, en principe, incapacité de disposer? L'affirmative est enseignée par Troplong, II, 451 à 457; — *Contra*, M. Demolombe, XVIII, 339 et 340. — Voy. aussi M. Laurent, XI, 115. — Req. 9 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1. 366).

374. — Ajoutons que cette conclusion trouvait un point d'appui dans les législations précédentes. Le droit romain, entre autres, soumettait le sort des libéralités à la capacité de fait au moment où elles étaient consenties[1]. D'où Pothier enseignait avec raison : *Que ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui rend incapable de tester.*

375. — La preuve de l'insanité d'esprit du disposant est donc péremptoire, elle dispense de celle de la suggestion; celle-ci résulte forcément de la première avec laquelle elle se confond d'une manière indivisible. Or, nous avons vu la Cour de cassation décider, dans son arrêt du 22 novembre 1810, que cette preuve est dans tous les cas recevable, alors même qu'il faut recourir à des dépositions orales. Cette décision, dictée par la raison, se justifie en outre très-bien sous le rapport des principes régissant la preuve testimoniale.

Considérée comme créant une présomption légale de captation, l'insanité d'esprit entraine contre celui qui en a profité la conviction d'un dol pratiquée non pas seulement contre le disposant, mais encore contre ses héritiers naturels ; or le dol constitue un véritable quasi-délit dont la preuve orale est toujours admissible.

D'autre part, on ne saurait sans injustice exiger, de celui qui se plaint, une preuve littérale. Celui qui exploite à son profit l'infirmité d'un malade, se garde bien d'afficher par écrit ses prétentions. La famille qu'il a spoliée se trouve donc, à son égard, dans la position du créancier qui n'a pu se procurer la preuve écrite de l'obligation,

[1] *Inst.*, lib. 2, tit. 12.

elle trouverait donc, si on pouvait lui opposer l'art. 1341, le moyen d'en éluder l'application en invoquant la disposition précise de l'art. 1348.

376. — Mais, en réalité, l'art. 1341 est inapplicable aux actions fondées sur l'insanité d'esprit. Ces actions n'ont nullement pour objet de porter atteinte à la foi due à l'acte, à la véracité de ses énonciations; ce qu'elles tendent à établir , c'est l'existence d'un vice affectant l'acte dans son essence,lui faisant perdre toute légalité. Ce n'est pas là, dès lors, prouver outre et hors le contenu en l'acte, car il faut distinguer l'intérieur de la disposition de la capacité de celui qui l'a faite. Sans doute, lorsqu'il ne s'agit que de l'acte, de la vérité de ce qu'il contient, des formes dont il est revêtu, il est de règle générale qu'on n'admet pas la preuve par témoins contre ce qui est écrit, parce qu'il prouve lui-même, et d'une manière authentique, tout ce qu'on a besoin de savoir à cet égard, Mais quand il est question de capacité des parties, l'acte même authentique ne la prouve pas, il la suppose [1]. Ce n'est point ici un fait matériel se réalisant sous les yeux du notaire, et qu'il a mission de constater, c'est une appréciation que les recherches que la loi prescrit à cet officier public, à l'effet de s'assurer de la capacité des parties, lui ont inspiré. Cette appréciation peut bien créer une présomption conforme à l'opinion du notaire, mais il suffit qu'il ait pu se tromper ou être trompé pour que cette opinion ne participe en rien à l'authenticité que ses fonctions assurent aux autres énonciations de l'acte.

De là cette conséquence que, si ces énonciations ne

[1] Merlin, *Rep*, v° *Test.*, sect. 1, § 1, art. 1.

peuvent être détruites que par une inscription de faux, l'erreur, dans l'appréciation de la capacité, peut toujours faire l'objet d'une preuve testimoniale. Ainsi, et malgré la déclaration du notaire que le disposant lui a paru, ou a été sain d'esprit, le contraire peut être établi sans la voie de l'inscription de faux, c'est ce que la doctrine et la jurisprudence admettent, c'est ce que décide formellement l'arrêt de cassation déjà cité, du 22 novembre 1810.

577. — L'admissibilité de la preuve orale pour l'insanité d'esprit n'est donc pas une dérogation à l'article 1341. Alléguer la démence, ce n'est pas contester la matérialité de l'acte, la vérité de ses allégations, la régularité de ses formes; c'est soutenir qu'il ne pouvait exister de convention régulière, de consentement valable. Le respect dû à l'acte écrit intéresse trop l'ordre public, il est trop profondément implanté dans notre législation pour qu'on ait voulu le faire céder même devant l'intérêt des familles; ce qui le prouve, c'est que nous allons le retrouver avec toutes ses exigences, dans le développement du principe de la recevabilité de la preuve testimoniale, en matière d'insanité d'esprit.

378. — Cette preuve, en effet, ne doit être admise qu'autant que les faits articulés se renfermeraient dans la violation de l'art. 901 et auraient pour objet la justification de l'état d'imbécillité ou de démence. Les faits qui seraient de nature à contredire les allégations essentielles de l'acte, ou qui renfermeraient la dénégation des circonstances que le notaire a mission de constater, devraient être rejetés. La preuve n'en

pourrait être reçue qu'après le préalable de l'inscription de faux.

Ainsi on pourra, sans recourir à cette voie, prouver par témoins qu'avant, pendant et après l'acte, le disposant n'a pas eu la libre jouissance de ses facultés intellectuelles ; que même, en présence du notaire, cet état s'est manifesté par des signes plus ou moins caractéristiques, par des propos extravagants, par des actions insensées. Mais on ne saurait, sans s'inscrire en faux, prétendre prouver que l'acte a été reçu dans un lieu autre que celui qui y est indiqué, ou qu'au moment de la réception, le disposant était dans un tel état de prostration physique ou morale qu'il n'a pu ni écrire, ni parler, alors que l'acte porte qu'il a dicté et signé ses dispositions [1].

379. — Cette règle, dont les tribunaux ne sauraient s'écarter, détermine, comme conséquence forcée, la nécessité d'articuler d'une manière nette et précise les faits dont on prétend faire résulter l'insanité d'esprit. C'est, en effet, le moyen unique d'apprécier le caractère et la portée de chacun d'eux, et de reconnaître ceux qu'il faut admettre, ceux qu'il faut rejeter.

Sous un autre rapport, l'articulation des faits n'est pas moins indispensable. Il ne suffit pas qu'une preuve soit recevable pour qu'elle doive être admise. La condition essentielle de l'admission est que la plainte soit, dès à présent vraisemblable, ce qu'on apprécie par les circonstances et les faits du procès. Ainsi le demandeur en nullité, qui se contenterait d'offrir la preuve de l'insanité d'esprit

[1] Cass., 3 décembre 1807 ; 17 juillet 1817 ; — Grenoble, 3 août 1829 ; — D. P., 7, 1, 181 ; 17, 1, 418 ; 30, 2, 251.

au moment de l'acte, verrait sa demande rejetée purement et simplement [1].

On doit d'autant plus le décider ainsi que, loin de se relâcher de la sévérité ordinaire à l'endroit de la preuve testimoniale, la loi conseille une plus grande circonspection lorsqu'il s'agit, par son secours, d'annuler les actes de dernière volonté, dont l'exécution religieuse est le premier de ses vœux. Cette nullité dès lors ne doit être accueillie que si le juge est moralement et légalement convaincu de sa nécessité et de sa justice. Les faits à prouver doivent donc promettre ce double caractère. Or, comment l'apprécier, si ces faits ne sont pas même articulés?

L'articulation des faits est donc, sous tous les rapports, un devoir rigoureux dont l'omission entraîne le rejet de la preuve.

380. — Il résulte de plus, de ce qui précède, que la pertinence des faits se mesure sur leur plus ou moins de signification, relativement au point interloqué, à savoir : l'insanité d'esprit au moment de la confection de l'acte attaqué. A cet égard, ils doivent tendre à l'établir d'une manière claire, précise et sans équivoque. Ainsi, ceux qui se rapporteraient à des époques antérieures ou postérieures devraient être rejetés comme inconcluants, à moins qu'on ne prétendit justifier d'un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur. Dans tous les cas, les faits doivent être décisifs, la preuve de quelque bizarrerie dans les idées ou dans le caractère, de quelques actes déraisonnables soit avant, soit après la libéralité, serait insuffisante pour

[1] Rouen, 3 mai 1816 ; — Colmar, 17 juin 1812 ; — Besançon, 19 décembre 1810 ; — Aix, 14 février 1808, — Voy. *Journal du Palais*.

la faire infirmer [1]. On ne saurait, en effet, rien en conclure contre la validité de l'acte, dont la nullité ne saurait jamais être prononcée par voie de conséquence. « Les demandes d'annulation, dit M. Grenier, doivent être appuyées sur des faits précis, nettement articulés. Les tribunaux ne procèdent jamais par induction, parce qu'il s'agit d'une incapacité. Ainsi le grand âge du testateur, l'oubli de sa famille, l'importance des dispositions qu'il feraiten faveur de ses domestiques, toutes ces circonstances seraient par elles-mêmes insuffisantes pour constater la démence » [2].

Si la démence était certaine avant et après l'époque qui a vu la libéralité s'accomplir, devrait-on considérer cette libéralité comme le résultat de l'insanité d'esprit? La solution de cette question est laissée à la prudence des juges, elle dépend de l'appréciation des circonstances, pouvant établir chez le disposant un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

N'oublions pas, cependant, que la validité de l'acte n'est pas inconciliable soit avec un état de démence antérieure et postérieure, soit avec l'état habituel lui-même. Dans la première hypothèse, l'absence de toute interdiction, le défaut de poursuites, fait supposer la capacité; dans la seconde, cette présomption est remplacée par celle de l'existence d'un intervalle lucide. Protégé par l'une ou par l'autre, l'acte doit être maintenu si la preuve rapportée n'est pas de nature à justifier l'incapacité et à démontrer l'absence de tout intervalle lucide.

381. — La possibilité légale de ces intermissions,

[1] Paris, 26 mai 1825.

[2] *Des donat.*, tom. 1, n° 103; — conf. Cass., 18 octobre 1809; — Rouen, 3 mai 1816.

dans l'état de folie, était admise dans notre ancien droit. On en trouve la preuve dans la doctrine si clairement résumée dans le plaidoyer de d'Aguesseau, sur le testament de l'abbé d'Orléans.

Il est vrai que cet illustre magistrat semblait n'admettre l'existence des intervalles lucides que chez le furieux. Mais cette opinion n'était pas généralement suivie, le testament de l'insensé, celui de l'imbécile était susceptible d'être validé, comme ayant été fait dans un intervalle lucide [1].

L'absence de toute interdiction faisait même présumer l'existence de l'intervalle lucide, mais pouvait-on en exciper lorsque l'interdiction avait été prononcée?

Cette question, qui avait soulevé de graves difficultés, paraît avoir été décidée pour la négative. Ainsi, sous ce rapport, nos anciens jurisconsultes s'étaient écartés de la solution qu'offrait, sur ce point, le droit romain.

Nous avons déjà fait observer que Justinien ne faisait dépendre le sort des libéralités que d'une seule condition, à savoir : la capacité de fait au moment de l'acte, *in eo qui testatur ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.* Or cette capacité de fait résultant de l'intervalle lucide, le testament fait pendant la durée de celui-ci était validé sans contestation : *Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testassi esse videntur* [2].

Or l'interdit, comme celui qui ne l'était pas, quoique méritant de l'être, était dans le cas d'éprouver un de ces

[1] Furgole, *Des test.*, chap. 4, sect. n° 208.

[2] *Inst.*; liv. 2, tom. XII, loi 20; — *Dig.* loi 9, Cod. *Qui test. facere possint.*

moments heureux pendant lesquels, dominant le mal qui l'accablait, son esprit reprenait son empire, recouvrait sa lucidité et son intelligence. On ne pouvait contester à l'un ce q i'on admettait pour l'autre, sans attacher à l'interdiction, judiciairement prononcée, ce singulier effet de renverser les règles de la nature, et de rendre impossibles des phénomènes dont elle admet l'existence ; il faudrait, dans ce cas, renverser la proposition que Pothier nous enseigne et dire : *que ce n'est pas tant la démence que l'interdiction même qui rend incapable de tester.*

382. — Quoi qu'il en soit, quelle est de ces deux solutions celle que le Code actuel a sanctionnée? Quel serait aujourd'hui le sort d'un testament fait par l'interdit postérieurement à son interdiction?

Ces questions seraient toutes tranchées, s'il fallait les résoudre sous l'influence de l'art. 502. Tous les actes passés après l'interdiction sont nuls de plein droit, porte cet article. D'où MM. Toullier et Grenier concluent que le testament intervenu dans les mêmes circonstances ne saurait sortir à effet.

Cette conclusion renferme-t-elle une saine appréciation de l'esprit de notre législation, en matière de testaments? Nous hésitons d'autant plus à le croire qu'elle suppose *à priori* l'application de l'art 502 à ces actes, tandis que le contraire nous paraît démontré.

Remarquons d'abord que le Code s'est exactement approprié la pensée de la loi romaine. Comme celle-ci en effet, et presque dans les mêmes termes, il n'exige, pour condition des libéralités, que la capacité de fait au moment de l'acte.

Il est donc certain, aujourd'hui, que ce qui confère la

capacité de tester, c'est non *corporis sanitas*, mais *integritas mentis*. On sait la conséquence que le droit romain en avait tirée. Peut-on dès lors, raisonnablement admettre que le Code ait adopté le même point de départ pour arriver à une déduction diamétralement opposée ?

Ce système, à notre avis, blesse évidemment la logique, mais nous allons plus loin encore, car nous trouverons qu'il ne choque pas moins la raison. L'art. 901, exigeant la sanité d'esprit, est complètement satisfait lorsque cette condition se réalise, et c'est ce qui arrive lorsque l'interdit a réellement joui d'un intervalle lucide, pendant lequel il a disposé. Or, l'opinion que nous combattons tend à déclarer l'existence de ces intervalles impossible après l'interdiction, comme si la décision judiciaire qui la prononce pouvait avoir pour effet de proscrire ce que la nature autorise, ce qu'on admet sans difficulté pour celui qui n'a pas été interdit, quoique étant réellement dans le cas de l'être.

Nous n'avons pas besoin d'insister sur l'énormité de cet effet attaché au jugement d'interdiction ; elle est telle à notre avis, qu'elle n'a pu venir à la pensée du législateur.

La preuve nous en est fournie par l'art. 901, qui crée pour les libéralités un système spécial, dérogatoire au droit commun en matière de capacité. C'est ainsi qu'il est admis que les art. 503 et 504 n'ont aucune application aux donations entre vifs et aux testaments. Or, ce qu'on décide pour ceux-ci, on doit le consacrer pour l'art. 502. En effet, recourir à celui-ci lorsqu'il y a eu interdiction et repousser l'art. 504 lorsque le disposant est mort *integri status*, ce serait admettre que le législateur a prétendu favoriser tout ce qui tend à infirmer

les testaments, réservant toute sa sévérité pour ce qui est dans le cas d'en assurer le maintien. Or, nous l'avons déjà dit, l'esprit de la loi a été de consacrer précisément le contraire.

Dès lors, si le testament de celui dont tous les actes sont inattaquables peut être attaqué pour cause de démence, il faut, par réciprocité, admettre que là où tous les actes ordinaires seraient nuls de droit, le testament pourra être maintenu si la condition exigée par l'article 901 s'est réalisée. Sans doute l'interdiction judiciairement prononcée crée une présomption de démence, mais son absence fait présumer la sanité d'esprit. Puisque dans ce cas cette présomption n'exclut pas la preuve de la démence, il faut, pour être rationnel, conclure que, dans le premier cas, la présomption de la démence ne peut s'opposer à la preuve de la sanité d'esprit.

383. — En d'autres termes, l'art. 901 dérogeant aux articles 503 et 504, déroge également, et par parité de raison, à l'art. 502. C'est d'ailleurs ce qu'enseigne Merlin :

« Dès que pour déclarer un furieux ou un homme en démence incapable de tester, n'importe qu'il soit interdit ou non, on est obligé de recourir à l'art. 901, il faut bien aussi que l'on s'y tienne pour déterminer les limites de cette incapacité. Or, d'une part, cet article ne fait dépendre la capacité de tester que de la santé de l'esprit, et de l'autre, il est bien sensible que l'interdiction ne peut empêcher que l'individu qu'elle frappe n'ait des intervalles lucides, ni, par conséquent, qu'il soit sain d'esprit pendant ces intervalles. Elle ne peut donc pas l'empêcher de tester. Eh! que ferait-on en jugeant le contraire? On

ajouterait à l'art. 901 une exception qu'il ne contient pas et l'on appliquerait aux testaments l'article 502, qui y est évidemment étranger, c'est-à-dire qu'on violerait doublement la loi » [1].

384. — Nous ne connaissons aucun monument de jurisprudence qui ait eu à résoudre la question qui nous occupe ; mais un arrêt récent de la Cour de cassation crée un très fort préjugé contre la doctrine de MM. Toullier et Grenier. La Cour suprême a, en effet, jugé, le 12 novembre 1844, que l'art. 502 n'était pas applicable au mariage et à la légitimation des enfants naturels, qu'en conséquence l'interdit avait pu valablement, après son interdiction, se marier, reconnaître et légitimer les enfants nés avant ce mariage. Certes, ces actes exigent, de la part de ceux qui les contractent, un consentement libre et éclairé. Ce n'est donc que par la supposition d'un intervalle lucide qu'on a pu reconnaître à l'interdit la faculté d'y procéder. Hésiterait-on à admettre, pour la donation et le testament, ce qu'on a admis pour le mariage et la légitimation? Il suffit de réfléchir aux effets nécessaires des uns et des autres pour être certain du contraire.

385. — Retenons donc que le testament postérieur au jugement d'interdiction n'est pas nul de plein droit; qu'il doit, au contraire, sortir à effet et être maintenu, si le légataire institué prouve qu'il a été commencé et fini pendant la durée d'un intervalle lucide [2].

[1] *Rép.*, v° *Test.*, sect. 1, § 1, art. 1, n° 6.

* [2] La question de savoir si le testament fait par un interdit est, ou non, nul de plein droit est controversée : la négative professée par Merlin (Rép. v° interdiction, § 6, n° 1, et v° Testament, sect. 1, § 1,

Nous disons : pouvu que le légataire prouve l'intervalle lucide. Remarquons, en effet, que l'interdiction, quoique ne s'opposant nullement à la réalisation d'un de ces intervalles, établit la présomption légale d'insanité d'esprit; que dès lors, c'est à celui qui y a intérêt à prouver la vérité contraire. L'interdiction produit donc, dans cette matière un effet certain; elle déplace la présomption qui s'attache à l'acte et change les obligations respectives des légataires et des héritiers naturels. Si le testateur est décédé *integri status*, le testament est accepté, jusqu'à preuve contraire, comme l'expression d'une pensée saine; si l'interdiction a été prononcée, le testament est présumé l'ouvrage de la démence. Dans le premier cas, la preuve de l'insanité d'esprit est à la charge des héritiers naturels; dans le second, c'est l'héritier institué qui doit fournir celle de la raison.

386. — Cette dernière preuve sera assez difficile dans bien des cas. Dans tous, l'acte lui-même, la nature de ses dispositions, leur étendue, la justesse d'esprit qui s'y fera remarquer en seront des éléments essentiels.

A cet égard, cependant, la valeur de ces indications sera nécessairement relative. L'acte authentique appartient, quant à la rédaction, bien plutôt au notaire qu'au disposant lui-même. Il est donc évident que la lucidité, que la sagesse de cette rédaction ne fournira qu'un indice peu grave de la sanité d'esprit du disposant.

Il n'en est pas ainsi du testament olographe; celui-ci est l'œuvre exclusive du testateur. Il ferait donc facile-

art. 1, n° 6) et adoptée par M. Bédarride, ainsi que par M. Demolombe (VIII, 633-648), est fortement combattue par MM. Aubry et Rau, VII, § 648, note 6, p. 14, et par M. Laurent, XI, 108 et 108 *bis*.

ment admettre son état de raison si, par son étendue et la clarté de ses dispositions, il paraît repousser toute idée de démence.

Toutefois, le testament peut avoir été machinalement copié sur un projet fourni ou dicté au testateur par les personnes intéressées. Ce n'est pas tout d'écrire des dispositions, il faut en outre être en état d'en comprendre la nature, d'en apprécier la portée. La preuve de l'une des circonstances, que nous indiquons altérerait donc gravement la foi due à la sagesse de l'acte.

Au reste, c'est à la prudence du juge à établir le véritable caractère de l'acte attaqué; c'est par l'examen attentif des circonstances et des faits que la justice distinguera celui qu'il faut maintenir et celui qu'il convient de rejeter.

387. — En résumé, le respect que son caractère de haute utilité assurait à la libre disposition des biens, dictait au législateur le devoir d'en assurer la sincérité. Les influences que la cupidité fait s'agiter autour d'un mourant offraient un véritable danger, car elles pouvaient lui inspirer une volonté contraire à ses propres intentions et s'enrichir ainsi par une voie illégitime. C'était donc ces influences qu'il fallait d'abord proscrire; de là, l'incapacité des tuteurs, médecins, pharmaciens, ministres des cultes. La crainte d'une suggestion dolosive était bien mieux fondée lorsque le testateur, privé de sa raison, se présentait comme une proie facile à toutes les manœuvres. Les motifs étant identiques, on devait sanctionner un principe commun, et de là la présomption de suggestion qui, indépendamment de l'incapacité du disposant, annule les libéralités arrachées à une pensée inerte et faible, incapable d'apprécier et de comprendre.

Le besoin d'assurer sur ces deux points la volonté du législateur, commandait de proclamer la recevabilité de la preuve testimoniale, dont l'admissibilité est abandonnée aux lumières et à la prudence des magistrats.

388. — Nous arrivons à la captation ordinaire, qui se concilie très bien avec la sanité d'esprit la plus complète. La captation, en effet, est de toutes les fraudes la plus déliée, la plus subtile ; elle s'insinue d'abord dans les bonnes grâces de celui qu'elle veut égarer ; exploite à son profit ses goûts, son intérêt, ses passions ; elle abuse bientôt de l'ascendant que ses manœuvres ont su lui conquérir, et parvient même à triompher de la volonté la mieux arrêtée.

Son existence, comme dans les cas précédents, vicie donc l'acte qui en est attaché. La seule différence c'est que, présumée pour ceux-ci, elle doit, dans l'hypothèse qui nous occupe, être prouvée par celui qui l'allègue.

389. — Dès lors, l'offre de fournir cette preuve est toujours recevable. Un instant le silence gardé par le Code, sur cette cause de nullité des libéralités, avait fait contester ce résultat. On avait, en effet, interprété ce silence comme une abrogation de l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, d'où l'on concluait que la recherche de la captation était interdite. Mais cette interprétation, que la discussion législative n'autorisait d'aucune manière, a été depuis longtemps repoussée par la doctrine et la jurisprudence.

La captation ou suggestion est donc encore une cause de nullité des libéralités. Mais en conservant le principe, l'on n'en a point diminué et encore moins fait disparaître

les difficultés d'application. Les procès de captation soulèvent ordinairement, et souvent sans intérêt réalisable, les plus scandaleux, les plus affligeants débats. « Qui ne sait, disait naguère devant la Cour de cassation M. l'avocat-général Delangle; qui ne sait que le plus souvent les procès de ce genre sont imaginés par ceux qui n'ont pas d'autres moyens d'attaquer un testament. Sur cent procès, c'est à peine si un réussit; aussi, quoi de plus scandaleux ! Sous les prétextes les plus frivoles et dans un misérable intérêt d'argent, on exhume le testateur et l'on dirige contre sa mémoire d'insultantes accusations. Sa vie privée, ses mœurs, ses pensées, ses habitudes les plus intimes, rien n'est respecté; tout, au contraire, revêt, au gré d'une polémique ardente, les plus odieuses couleurs. »

Ces inconvénients, réellement déplorables, avaient déjà tellement frappé les auteurs du Code, que le premier projet avait formellement rayé la captation du nombre des causes de nullité des donations et testaments. La discussion la fit cependant maintenir [1]. Faut-il le regret-

* [1] Il est certain que l'action en nullité pour cause de captation, quoique le Code ne le dise pas expressément comme l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, est encore aujourd'hui recevable, sous les conditions qui sont plus loin indiquées — *Voy.* Toullier, v, 705 et suiv.; Duranton, VIII, 61; Troplong, II, 485 à 499; Demolombe, XVIII, 384-387; Aubry et Rau VII, § 654, p. 67; Laurent, XI, 132, 133; Req. 6 Janv. 1814; 18 mai 1825; 14 nov. 1831, Sir. 31, 1, 427; 22 déc. 1841, Sir. 43, 1, 54; 15 mai 1861; Sir. 62, 1, 1049; 21 juill. 1868, Sir. 68, 1, 411, 16 mars 1875, Sir. 77, 1, 117; 2 janv. 1878, Sir. 78, 1, 103. — Il importe peu que les manœuvres frauduleuses aient été pratiquées soit par le donataire ou le légataire, soit par des tiers, pourvu que ces manœuvres aient eu pour résultat de vicier la volonté du disposant (*Voy.* notamment arrêts du 16 mars 1875 et 2 janv. 1878 précités.)

ter? Il faut convenir qu'on n'a pas le courage de le faire en présence des motifs qui ont déterminé le législateur.

« La loi, dit M. Bigot de Préameneu, a gardé le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la captation et sur le vice d'une volonté déterminée par la colère ou par la haine. Ceux qui ont entrepris de faire annuler des dispositions par de semblables motifs, n'ont presque jamais réussi à trouver de preuves suffisantes pour faire rejeter des titres positifs, et peut-être vaudrait-il mieux, dans l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seraient pas admises. Mais alors la fraude et les passions auraient cru voir dans la loi même un titre d'impunité. Les circonstances peuvent être telles, que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre ou qu'elle ait été entièrement déterminée par une passion injuste. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier les faits et tenir la balance entre la foi due à l'acte et l'intérêt des familles; ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjuguent les mourants, ou par l'effet d'une haine que la nature ou la raison condamne ».

Ainsi, si dans l'origine du Code les procès en captation ont pu présenter une question de droit, ils ne sauraient plus aujourd'hui constituer qu'une pure question de fait que la conscience du juge apprécie souverainement. Mais, dans l'intérêt même de cette appréciation, faisons remarquer que ce n'est, en quelque sorte, qu'à regret, que la captation et ses effets ont été maintenus dans la législation. Cette considération indique suffisamment avec quelle prudente réserve doivent agir les tribunaux dans leur admission.

390. — Il en est de la captation ordinaire comme de la captation présumée, c'est-à-dire que la preuve testimoniale est toujours recevable. Le système que cette recevabilité devait être subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, un instant soutenu, a été abandonné par tout le monde. Conséquemment, son admissibilité dépend essentiellement de la gravité et de la pertinence des faits articulés.

391. — Or les faits n'ont de la gravité que s'ils tendent à établir un ensemble de manœuvres frauduleuses et dolosives. En effet, la seule captation que la loi a voulu réprimer, est celle qui, par une espèce de violence morale, est parvenue à substituer à la volonté spontanée du disposant une volonté qu'elle a su faire naître et qu'elle a entretenue par ses artifices : *Quod falsæ et dolosæ suggestiones adhibitæ sint*, comme dit la loi romaine.

« Ainsi, dit Furgole, les présents, les affections vraies ou simulées, les services, les complaisances, les caresses, les prières, dans la vue d'attirer les libéralités, n'ont pas, à la vérité, toute la pureté d'intention et ne sont pas louables à cause du motif d'intérêt sordide qui en est le mobile, mais ces voies ne sont pas pourtant déclarées illicites, parce qu'elles n'ont pas une liaison nécessaire avec le dol et la fraude. Ce sera tout au plus ce qu'on appelle *dolus bonus*, qui ne doit point nuire à celui qui le met en usage » [1].

Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait réduire le sort de la captation à un fait intentionnel dont la recherche

[1] *Des test.*, chap. 5, sect. 3.

ne saurait dans aucun cas offrir la moindre sécurité, la plus légère certitude. Les tribunaux n'ont pas la mission de lire dans les cœurs, parce qu'ils n'en ont pas le pouvoir. C'est par des faits certains qu'ils peuvent arriver à des conséquences plus ou moins logiques. Et si, nonobstant ces éléments, l'erreur se glisse quelquefois dans leurs décisions, il en serait bien plus ainsi si ces décisions étaient réduites à interpréter le véritable caractère des pensées intimes des parties contendantes.

Qu'importe d'ailleurs que le disposant ait été la dupe d'une affection simulée, qu'il ait cru à la sincérité de l'attachement qu'on lui témoignait. De sa part, au moins, cet attachement était sincère, et si la libéralité n'a été que la conséquence de ce sentiment, il y a bien réellement volonté certaine, et conséquemment impossibilité de s'y soustraire : *captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt* [1].

De là il suit que si les faits articulés ne tendaient à établir que des circonstances de la nature de celles relevées par Furgole, la preuve en serait admissible. En effet, prouvées qu'elles fussent, supposé même qu'on pût en démontrer le défaut de sincérité, ces circonstances ne pourraient empêcher l'acte de produire son plein et entier effet [2].

392. — Mais à quelles conditions reconnaîtra-t-on qu'il

[1] L. 70, Dig. *De hœred. inst.*

* [2] On peut dire d'une manière générale que la captation n'autorise à demander l'annulation d'une libéralité qu'autant qu'elle est accompagnée de pratiques artificieuses, d'insinuations mensongères, et qu'il résulte des circonstances que cette libéralité n'aurait pas eu lieu si le disposant avait connu la vérité des faits.

s'agit d'une captation prohibée? Evidemment lorsque les faits allégués, s'ils étaient certains, rendraient la libéralité involontaire, en démontrant l'illégitimité des moyens à l'aide desquels on est parvenu à égarer son auteur. Bien qu'en pareille matière il ne puisse exister ni règles absolues, ni précédents obligatoires, il est cependant admis en doctrine et en jurisprudence qu'il est des faits ayant à cet égard une grave et importante signification.

Ainsi un homme a toujours bien vécu avec sa famille. Survient un tiers qui se substitue à celle-ci dans son affection. Pour assurer son empire, il répand le venin de la calomnie sur les membres de la famille, les dépeint comme des ennemis particuliers de celui qu'il trompe, et parvient enfin à les faire déshériter.

Dans la même hypothèse, le tiers ne se contente pas de semer la haine et la discorde entre le testateur et ses héritiers naturels. Se méfiant encore des sentiments du premier, il l'éloigne de tous ses amis, de tous ses parents, auxquels il interdit tout accès.

Evidemment des actes de cette nature ont une portée énorme. Ils prouvent que la libéralité n'a pas été l'effet de l'affection. Le testateur, en effet, aurait préféré ses parents, s'il n'avait été abusé par les calomnies odieuses dont ils ont été l'objet, calomnies dont la séquestration devait assurer le triomphe, en apportant un obstacle invincible à toute explication.

D'autre part, quel peut être le motif de la séquestration, si ce n'est d'isoler celui qui la subit et de triompher ainsi plus facilement de sa volonté. On peut même dire que l'auteur de cette mesure illégale a, par cela seul, témoigné combien était faible l'affection dont il se prévaudra plus tard. C'est parce qu'il a craint que ce sentiment

ne s'effaçât devant la présence seule des parents qu'il les a soigneusement écartés.

Dès lors l'offre de prouver, soit un système de calomnie contre la famille, soit la séquestration du disposant, contient des faits d'une nature grave. Ce sont là des moyens dolosifs réprouvés par la morale et par la loi. Leur preuve est non-seulement recevable, mais encore admissible, si d'ailleurs on lui reconnaît les caractères de pertinence dont nous parlerons bientôt.

393. — Le concubinage était autrefois une cause de nullité des donations ou testaments. Son existence faisait présumer la captation dolosive. La preuve en était donc recevable et admissible [1].

Il faut convenir que la prohibition de l'ordonnance, dont la rigueur avait d'ailleurs été modifiée dans la pratique, s'étayait, au point de vue juridique et moral, sur de puissantes considérations, On connaît l'empire que des relations illégitimes créent, surtout sur les vieillards, et la certitude de cet empire pouvait facilement déterminer la conviction que les libéralités obtenues n'avaient pas d'autre cause. L'histoire du concubinage est, dans une autre signification, le martyrologe de bien des familles qui l'ont vu audacieusement exploiter la discorde et la haine qu'il avait semées dans son sein.

Cependant le Code civil a nettement répudié sur ce point les errements du législateur de 1629. Non pas, certes, qu'on se soit dissimulé la réalité du danger que celui-ci avait prévu, mais on a considéré qu'il y aurait un péril plus grave encore, pour la morale publique, dans

[1] Ordonnance de janvier 1629, art. 132.

la manifestation des désordres et des passions du testateur; dans le scandale d'actions dirigées quelquefois sans fondement contre la personne instituée.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain qu'aujourd'hui le concubinage ne détermine aucune incapacité [1], qu'il ne peut même être invoqué comme prouvant la captation.

Celui-là donc qui demanderait à le prouver, comme moyen unique d'établir celle-ci, devrait être repoussé. La preuve offerte ne serait ni recevable, ni admissible [2].

Mais le concubinage rend la captation vraisemblable. A ce titre, il devient un élément essentiel du dol, un moyen d'apprécier la gravité des faits signalés. Lors donc qu'on l'articule à l'effet d'étayer diverses autres manœuvres et artifices, la preuve peut et doit en être ordonnée [3].

394. — Au reste, une considération qui domine nécessairement toute notre matière, c'est que la gravité des faits, au point de vue des résultats à obtenir, est purement relative. On doit l'apprécier dans chaque espèce,

[1] Le concubinage n'entraîne plus, à lui seul, entre les personnes qui vivent ainsi, une incapacité de donner ou de recevoir. *Voy.* Merlin, Rép. v°. Concubinage, n° 2; Toullier v. 719; Duranton VIII, 242; Troplong, 568 à 572; Demolombe, XVIII, 566, 396 et 404; Laurent, XI, 136; Req. 1er août 1827; 25 Janv. 1842. Sir. 42, 1, 687. *Contra :* Delvincourt II, pag. 409. Mais il peut être invoqué à l'appui d'une demande en nullité pour cause de captation. Et lorsque, sous l'apparence d'une donation, les parties ont fait, en réalité, une convention intéressée ayant pour objet de former ou de continuer des rapports de concubinage, la nullité de cette convention doit être prononcée, comme étant fondée sur une cause illicite. — Req. 26 mars 1860, Sir, 60, 1, 321.

[2] Pau, 20 mars 1822; — Grenoble, 15 juin 1822; — Paris, 17 juillet 1826.

[3] Cass., 31 janvier; 1814 — Aix, 17 avril 1844 (succession Gastain).

non seulement par l'ensemble des circonstances, mais encore par la position respective du disposant, de sa famille, de l'institué, par leurs antécédents à tous. C'est à la prudence du juge à consacrer la solution la plus rationnelle. Nous l'avons déjà dit, son appréciation est souveraine. Cependant la loi nous paraît avoir tracé le mode à suivre dans la création des incapacités. Plus une personne aura été dans le cas d'influencer la volonté du disposant, plus on croira à l'exercice de cette influence. En conséquence, tel fait qui, par rapport à l'un, manquerait de gravité, en acquerrait une positive par rapport à l'autre. La preuve qui serait repoussée pour celui-là pourra donc être admise pour celui-ci.

395. — La gravité des faits détermine généralement leur pertinence. Il est rare, en effet, qu'un fait grave soit jugé non pertinent. Cependant cela peut se réaliser, lorsqu'il s'agit d'un procès en captation ou suggestion. On doit, dans ce cas, se montrer beaucoup plus sévère que lorsqu'il s'agit d'une simple obligation. C'est ce qui s'induit des principes que nous avons déjà rappelés.

L'exécution littérale des dispositions réglant la transmission des biens est le premier vœu du législateur, parce qu'elle est une nécessité sociale. Or, soumettre au gré d'un héritier désappointé et, dans tous les cas, cette exécution aux chances de témoignages complaisants ou corrompus, c'est non seulement aller contre l'esprit de la loi, mais encore altérer la foi due aux divers modes de transmission autorisés.

Que, dans le but d'en assurer la sincérité, on ait permis de recourir à la preuve testimoniale, c'est là une excep-

tion dictée par l'intérêt bien entendu des familles, et non une arme abusive qu'on ait voulu leur confier.

Il convient donc de la renfermer dans les limites d'une nécessité démontrée. Or, s'il suffisait d'articuler des faits graves pour obtenir de faire entendre des témoins, l'exception deviendrait bientôt le droit commun.

En effet, le demandeur en preuve saura bien articuler des faits assez graves pour que sa demande ne puisse être refusée. Il parlera de calomnies répandues contre les parents, de la séquestration de l'auteur, de la libéralité, et, suivant qu'il sera possible de le faire, du concubinage même. Il sait très bien lui-même qu'il est dans l'impossibilité de prouver ce qu'il avance, mais l'intérêt du moment est d'obtenir l'interlocutoire, cela prolonge d'abord le litige, puis la preuve testimoniale a tant de chances ! Il peut se faire même que l'adversaire, effrayé de ces incertitudes, compose en abandonnant une partie de ses droits.

Ce calcul n'est pas toujours une pure hypothèse. Sa possibilité avait tellement frappé des esprits judicieux, qu'elle les avait déterminés à subordonner la recevabilité de la preuve orale de la captation à l'existence d'un commencement de preuve par écrit. On a, avec raison, condamné ce système qui, pour éviter un inconvénient, tombait en plein dans l'inconvénient opposé. Mais l'existence du danger signalé exigeait qu'on s'occupât de le prévenir. Le moyen qui s'offrait le plus naturellement était de se montrer exigeant sur ce qui constitue la pertinence des faits.

On ne reconnaîtra donc ce caractère qu'aux faits qui tendent à prouver :

396. — 1° Que la captation dolosive a été la cause déterminante de la libéralité.

Cette condition n'est qu'une application exacte de l'article 1116 du Code civil. Aux termes de sa disposition, le dol n'annule le contrat que si les manœuvres de l'une des parties ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. En d'autres termes, la captation dont on se plaint doit constituer un dol substantiel, car il n'apparaît en rien que le législateur ait entendu déroger, pour les actes à titre gratuit, à la règle commune à tous les contrats.

De là cette conséquence que si le défendeur prouvait que la libéralité a une cause naturelle et légitime, indépendante du dol, s'il établissait, par exemple, par des précédents certains, qu'il a été l'objet d'une affection constante de sa part, les faits à l'aide desquels on entend prouver la captation se trouveraient ou infirmés, ou condamnés d'avance à ne produire aucun résultat positif. Sans doute leur existence démontrée ferait présumer le dol, mais la certitude de l'affection du disposant pour l'institué créerait la présomption contraire. On ne saurait, dès lors, se prononcer pour l'une ou pour l'autre sans s'exposer à s'écarter de la vérité. Il y aurait, tout au moins, doute sur le mobile qui a fait agir le disposant, et, dans le doute, on doit se prononcer pour le maintien de l'acte.

397. — La Cour de Dijon a fait une remarquable application de ce principe dans l'espèce suivante :

« L'abbé Volfius, ancien évêque de Dijon, meurt en l'état d'un testament par lequel il lègue une maison valant 6,000 fr. à la demoiselle Edme-Rose Guedeney, sœur de Marie, sa domestique, et institue celle-ci et le sieur Silvestre pour ses héritiers universels, chacun par

moitié. Ce testament avait été précédé de donations entre vifs en faveur des mêmes individus.

» Les héritiers du sang poursuivent la nullité de ces donations et testament pour cause de captation et suggestion. Après enquête et contre-enquête, arrêt définitif qui prononce la nullité à l'encontre des deux filles Guedeney, et maintient les dispositions faites en faveur de Silvestre. Ce maintien se fonde sur le motif suivant :

» Considérant qu'il ne résulte pas de l'enquête de preuves positives que Silvestre ait concouru d'une manière active à la captation ou suggestion artificieuse employée par Marie Guedeney sur l'abbé Volfius ;

» Que si des présomptions graves résultaient contre lui : de l'époque à laquelle la donation a eu lieu à son profit; de ce qu'elle aurait eu lieu au même instant que celles des filles Guedeney; des circonstances qui l'ont suivies, telles que le désistement d'usufruit, la vente des objets donnés, le non remplacement ostensible de leur valeur; d'avoir empêché quelques-uns des témoins de parler à M. Volfius; de la circonstance que les faits de captation ont lieu depuis son établissement avec l'abbé Volfius; du fait enfin de la spoliation de la succession de la demoiselle Volfius, et de celui d'avoir dirigé les soupçons sur des personnes étrangères que l'on voulait éloigner de la maison; cependant ces présomptions sont combattues par d'autres, notamment par celles résultant de l'affection que lui témoignait M. Volfius, des soins qu'il avait donnés à son éducation, de la nécessité où était en quelque sorte M. Volfius de lui faire des avantages pécuniaires, après l'avoir tiré de la position peu fortunée dans laquelle il était; de l'intention manifestée par le testateur de lui laisser une partie de sa fortune; de ce qu'enfin la portion qui lui est

attribuée, qui est une moitié, peut ne pas paraître excessive dans la situation où était M. Volfius à son égard.

» Que de là il suit qu'il est plus juste et plus naturel d'accorder la préférence aux présomptions qui sont en faveur de l'existence des actes, et que dès lors il n'y a pas lieu d'accorder la nullité demandée par rapport aux actes faits au profit de Silvestre » [1].

Certes, les faits dont Silvestre était convaincu étaient graves et concluants. Ils auraient nécessairement amené l'annulation des libéralités qui lui avaient été faites, s'il ne s'était trouvé dans une position toute particulière vis-à-vis de leur auteur. En l'état de cette position, pouvait-on considérer ces faits comme la cause déterminante du contrat? Certes le doute était permis, et dès lors la captation manquant d'un de ses éléments essentiels, l'acte devait être maintenu. En le décidant ainsi, la Cour de Dijon a sainement appliqué les véritables principes. Aussi son arrêt reçut-il la sanction de la Cour de cassation.

Or il est évident que ce qui, dans l'espèce, résultait des enquêtes, peut, dans d'autres circonstances, être établi avant ou au moment de l'interlocutoire. Ainsi, il peut dès lors être certain que l'institué a toujours été dans l'intimité du disposant; qu'indépendamment des relations les plus affectueuses, il en a reçu, avant la dernière disposition, des libéralités, soit par actes entre vifs, soit par des testaments précédents. Les preuves qui résulteraient de ces derniers seraient même d'une extrême importance si, de leur date à la mort de leur auteur, il s'était écoulé un long intervalle de temps. Celui qui a longtemps vécu en l'état de dispositions qu'il pouvait

[1] Sirey, 26, 1, 10.

rétracter, qui ne les a changées que pour les rendre plus favorables encore, celui-là, disons-nous, a témoigné d'une continuité d'affection laissant bien peu de place à une accusation de captation.

L'invraisemblance de cette captation enlèverait donc toute pertinence aux faits interloqués. La seule preuve recevable, en présence de pareils antécédents, serait celle qui tendrait à prouver que la haine avait succédé à l'affection, et que le dol seul avait empêché la première de se manifester. Les faits cités à l'appui, s'ils étaient graves, seraient en outre pertinents, car ils auraient pour but d'établir que le dol a été la cause unique et déterminante de la libéralité.

398. — 2° Que la volonté écrite du testateur est contraire à celle qu'il aurait exprimée, s'il eût été livré à ses propres inspirations.

La captation n'annulant les libéralités que parce qu'elle est censée substituer une volonté suggérée à celle que le testateur aurait spontanément conçue et exprimée, l'existence de celle-ci est indispensable pour qu'on puisse admettre la captation. Demander à justifier cette existence, c'est donc offrir une preuve utile dans l'intérêt de celui qui l'invoque. Les faits tendant à l'établir reçoivent de la nature même des choses un caractère de pertinence incontestable.

Il n'est pas naturel que, sans motifs suffisants, un homme rompe tout à coup avec les antécédents les mieux établis, abandonne subitement une intention dès longtemps conçue et déshérite ceux qu'il a jusque-là considérés et traités comme ses successeurs. La preuve de ce changement subit fait donc supposer autre chose qu'un effet

de la mobilité ordinaire du cœur humain, et ce premier doute, s'il est corroboré par la preuve de manœuvres frauduleuses imputées à celui qui profite du changement, est de nature à se convertir en certitude. C'est la cupidité qui a déterminé la conduite du testateur. Cette conduite devient un des éléments de la captation dont le but et la nécessité ainsi démontrés rendent, *à priori*, l'existence probable.

On conçoit en effet que, pour arriver à arracher de l'esprit du testateur une résolution depuis longtemps arrêtée, il ait fallu des efforts persévérants et nombreux. L'intérêt cupide qui a entrepris cette tâche aura-t-il reculé devant l'emploi du dol et de la fraude? Ne faut-il pas admettre, au contraire, qu'à la déloyauté de l'intention s'est réuni l'odieux des moyens. Ce sont là des questions dont la solution, si elle peut être douteuse, n'en appelle pas moins une exacte et sévère investigation.

L'indication d'une volonté contraire à celle du testament attaqué est donc indispensable pour la pertinence des faits articulés. La Cour de Grenoble a même décidé que son absence devait faire rejeter la preuve de la captation. Elle a en effet jugé, le 16 avril 1806, que cette preuve n'est admissible que lorsque les faits articulés tendent à établir l'intention du testateur de manifester une volonté contraire à celle qui est exprimée dans le testament [1], et l'on doit convenir que l'esprit de la loi étant, comme nous l'avons fait remarquer, de croire à la réalité de la captation, par et suivant son plus ou moins de vraisemblance, justifie la détermination prise par la Cour de Grenoble.

[1] D. A, tom. v, pag. 292.

Toutefois il faut se garder d'outrer les conséquences du devoir imposé au demandeur en nullité, pour cause de captation. Ainsi on admettra le changement de volonté alors même que rien, dans la conduite du testateur, indiquerait qu'il eût pris aucune disposition relativement à son hérédité, s'il était articulé qu'il avait l'intention de décéder *ab intestat*. On sait les répugnances que certaines personnes éprouvent à l'endroit de leur testament. On parviendrait souvent plus facilement à triompher de l'affection du testateur que de lui faire vaincre un préjugé fondé sur l'égoïsme et la crainte. La captation n'aura donc pas été moins puissante dans ce cas que dans l'autre.

Elle peut donc également se rencontrer dans tous les deux. Elle présentera dans chacun les mêmes circonstances, c'est-à-dire l'abandon d'une volonté préconçue, peu importe que cette volonté ait été ce que nous appellerons positive ou négative. Il suffit que le testateur ait réellement fait le contraire de ce qu'il voulait faire, de ce qu'il aurait fait s'il eût été libre, pour que les faits tendant à le prouver soient pertinents et admissibles.

L'intention de mourir sans testament peut même résulter des antécédents de celui à qui on l'attribue. Ainsi un vieillard, parvenu à un âge avancé sans avoir pris aucune disposition, semble tout à coup possédé de la manie contraire. Il multiplie, il entasse les actes de dernière volonté, et, dans chacun d'eux, c'est la même personne qui reçoit successivement des avantages plus importants. Si cette personne est un domestique, si depuis, quelque temps elle entoure le testateur, ne pourra-t-on trouver dans son intérêt, dans son désir de s'enrichir, la cause de la conduite nouvelle du testateur? Y aurait-il de la témérité à voir, dans l'ensemble de ces circons-

tances, la preuve d'une grande faiblesse d'un côté, et de l'autre l'abus d'une influence illégitime et frauduleuse?

Ajoutons que, dans l'appréciation de la volonté du testateur, la qualité du réclamant exercera toujours une juste, une nécessaire influence. La transmission des biens est ordinairement réglée par l'affection; celle-ci, à son tour, se mesure sur les liens de la parenté. C'est dans ces proportions que la loi a trouvé la base de ses propres dispositions.

Dès lors on supposera plus facilement une intention contraire à celle du testament, lorsque celui qui se plaint est l'enfant ou le descendant du testateur, que lorsqu'il s'agit d'un collatéral plus ou moins éloigné. On sera donc pour ces derniers beaucoup plus exigeant qu'on ne le serait avec les premiers.

Sans doute le collatéral, comme l'enfant, étant appelé par la loi à défaut de testament, a un titre légitime des effets duquel il ne peut être dépouillé que par des moyens avoués par la loi et la justice. Cela est vrai, même d'une manière absolue. Aussi ne lui conteste-t-on pas la faculté d'attaquer le testament pour cause de captation. Mais l'intérêt déçu se fait facilement illusion, et l'amour-propre, blessé par l'idée de l'indifférence du testateur, a volontiers recours au prétexte de la captation. Il est évident que la justice ne saurait partager une préoccupation de ce genre. Avant donc d'annuler pour cause de captation, elle exigera la preuve de son existence. Cette preuve elle-même ne sera autorisée que si les faits rendent le reproche vraisemblable. Or, comment atteindre ce caractère, si le demandeur ne justifie ou n'offre de justifier que le testateur éprouvait pour lui une affection telle qu'il l'eût nécessairement institué son héritier, si le

dol et la fraude n'avaient enchaîné sa pensée, perverti sa volonté? Or, c'est là précisément ce que la loi présume en faveur des enfants ou descendants.

399. — En résumé, on ne saurait agir avec trop de circonspection lorsqu'il s'agit de statuer sur des actes de dernière volonté. La libre disposition des biens touche intimement à l'ordre public, et ce serait risquer de l'altérer que de prétendre la réglementer au moyen de témoignages le plus souvent complaisants ou corrompus. On ne doit donc recourir à la preuve testimoniale que dans le cas où, en la supposant rapportée, on arriverait nécessairement à l'infirmation des dispositions attaquées.

« Or, les faits articulés, dit Merlin, doivent, pour opérer la nullité des testaments, être d'une nature telle qu'il en résulte que la volonté écrite du testateur est contraire à sa propre raison; qu'il y a été entraîné par l'obsession d'autrui, par une faiblesse marquée et dont les preuves ont éclaté au dehors; que cette obsession a été l'unique cause de ses dispositions; que si elle n'avait pas eu lieu, il en aurait fait de toutes contraires; en un mot, il faut que la volonté exprimée par le testament soit entièrement opposée à celle que le testateur avait dans le cœur et que l'une n'ait été substituée à l'autre que par l'effet du dol, de la fraude, de l'artifice ». [1]

Si la preuve doit offrir ce caractère, il n'y aura réellement de faits pertinents et graves que ceux qui réuniront les conditions que nous venons de rappeler. On doit donc rejeter, comme inadmissibles, tous ceux qui ne seraient pas dans ce cas.

[1] *Rép.*, v° *Suggestion*, § 1, n° 2.

400. — Si la preuve des faits interloqués est rapportée, si elle est jugée concluante, l'acte démontré être le produit du dol doit être annulé. Cette nullité affecte la disposition dans son entier, car la faculté d'anéantir la libéralité ne contient pas celle de la modifier ou de la réduire. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1810.

Dans l'espèce jugée par cet arrêt, la Cour de Rennes admettant que la captation avait eu pour effet d'arracher des libéralités exagérées, avait cru devoir réduire celles que renfermait le testament attaqué. Mais cette décision fut considérée comme renfermant un excès de pouvoir et censurée par la Cour de cassation.

Il n'y a donc pas de milieu dans la matière qui nous occupe; la captation existe ou n'existe pas, et l'acte doit être annulé ou maintenu, selon que les reproches dont il est l'objet sont ou non justifiés.

401. — D'autre part, la Cour de Grenoble a jugé, le 21 mai 1824, que l'annulation pour cause de captation ne porte pas seulement sur la disposition faite en faveur de la personne qui s'est rendue coupable de suggestion et de captation, qu'elle doit frapper le testament tout entier. Ainsi généralisée, cette proposition nous paraît peu admissible.

En effet, subordonner l'ensemble d'un testament à l'invalidité de l'une de ses dispositions, c'est établir entre les diverses parties du testament une corrélation et une indivisibilité qui répugnent à la nature de cet acte. Le testament, régulier en la forme, renferme, à proprement parler, autant de testaments qu'il y a de dispositions distinctes. Chacune de ces dispositions est indépendante de celle

qui la précède ou la suit. Elle se suffit à elle-même, de telle sorte qu'existât-elle seule, elle n'en sortirait pas moins à effet, si elle est d'ailleurs l'expression d'une volonté intelligente et libre.

Qu'importe donc qu'à côté d'elle existent d'autres dispositions introduites par une volonté étrangère au testateur. Ne suffit-il pas quelle n'ait point participé au vice infirmant celles-ci pour qu'elle ne puisse être atteinte par l'annulation qui leur est réservée? L'effet de cette annulation sera d'ailleurs de faire considérer les dispositions qui en sont l'objet comme non écrites. Or, supposer qu'elles ne l'eussent jamais été, cela empêcherait-il celles qui le sont légalement de sortir à effet?

Cela se concevrait si la loi qui nous régit défendait encore le cumul des successions testamentaires et *ab intestat*, mais les inspirations du droit romain sur ce point ont été abandonnées. La nullité de l'institution, comme l'absence complète de toute institution, n'a plus aucune influence sur les legs valablement faits. Décider le contraire, ce serait méconnaître et violer la loi.

La solution consacrée par la Cour de Grenoble, c'est-à-dire l'annulation du testament en entier, n'est possible que dans un seul cas, à savoir, lorsque toutes ses dispositions sont le produit de la captation et de la suggestion. Ce fait admis, il importe peu que les légataires aient ou non participé aux manœuvres employées, qu'ils en aient ou non connu l'existence. Le testament, même en ce qui les concerne, n'est plus l'œuvre de la volonté libre de son auteur. Il manque donc de la condition la plus essentielle à sa validité. Il ne peut, dès lors, créer aucun droit en faveur de qui que ce soit.

402. — Nous avons déjà rappelé qu'en principe le dol indirect est une cause de nullité pour les dispositions à titre purement gratuit. Ce principe, fondé sur la maxime qu'il n'est pas juste qu'on puisse s'enrichir au détriment d'un tiers, reçoit surtout une application exacte lorsqu'il s'agit d'une libéralité par acte entre vifs ou testamentaire.

C'est ce que la Cour de Dijon avait formellement consacré dans l'affaire Volfius, à l'encontre de la sœur de celle qui avait capté, la fille Guedeney. Cette disposition fut déférée à la Cour de cassation. Mais le pourvoi fut rejeté, « attendu que la libéralité, étant reconnue le produit de la captation, a dû être annulée, soit que les moyens frauduleux aient été employés directement par la demanderesse, soit par l'entremise d'un tiers ».

Cette doctrine est d'autant plus irréprochable, que souvent l'institution d'un tiers étranger à la captation n'est qu'un calcul, qu'un moyen adroit de placer les libéralités arrachées par la fraude, sous l'égide d'une disposition irréprochable sous le rapport de la personne qui en est l'objet. On ne pouvait donc, sans autoriser la plus énorme injustice, laisser au dol une pareille chance de succès.

Conséquemment, que la captation ait été directe ou indirecte, il suffit que le testament en soit infecté pour qu'on se refuse à lui accorder la moindre exécution. Or, que la volonté ait été forcée dans l'intérêt de l'auteur du dol ou dans celui de toute autre personne, le résultat est le même. Il n'y a pas de disposition valable, car il n'y a ni spontanéité, ni liberté dans l'expression de cette volonté.

403. — On a longtemps agité la question de savoir

si la plainte en captation était recevable contre une donation entre vifs. La négative était fondée sur cette considération que l'influence de la captation, vraisemblable sur un testateur, cesse de l'être sur un donateur qui se dépouille lui-même. Mais cette opinion ne pouvait prévaloir[1]. Le motif à l'appui ne peut produire d'autre effet que de rendre plus sévère dans l'appréciation du reproche; mais prétendre y trouver une fin de non recevoir absolue contre son admission, ce serait amnistier le dol, parce qu'il a su se proposer et accomplir une tâche plus difficile et plus périlleuse.

Les héritiers du donateur pourront donc attaquer la donation et démontrer qu'elle n'est que le produit de la captation. L'action est également ouverte en faveur du donateur lui-même. Son concours à l'acte ne saurait la lui faire refuser, le dol faisant exception à tous les principes.

404. — L'empêchement de tester a toujours été considéré comme un dol donnant ouverture à une action en faveur de celui qui en a souffert. Les diverses législations qui se sont succédé ont seulement varié sur les effets qu'il devait produire.

Le droit romain voyait l'empêchement de tester dans le fait de s'être opposé à ce que l'officier public appelé par le mourant pût parvenir jusqu'à lui ou d'avoir, par

* [1] La captation, empreinte de dol, autorise à demander l'annulation de la donation. Demolombe, XVIII, 384-387.

Il en est ainsi même dans le cas où les pratiques artificieuses et les insinuations mensongères, constitutives du dol, sont l'œuvre d'un tiers, et que le donataire y est complétement étranger. — Demolombe, XVIII, 383 ; Req. 18 mai 1825. — Voy. aussi note I sous le n° 389.

des manœuvres frauduleuses, détourné les témoins requis. Cet acte était considéré comme un crime rendant l'héritier, soit direct, soit institué par un précédent testament, indigne de recueillir la succession, laquelle était dévolue au fisc[1].

En France, le principe de l'indignité avait été admis universellement. Mais, par une appréciation plus juste de ses effets, la succession passait au parent du degré le plus rapproché après l'indigne, ou aux héritiers du sang, selon qu'il s'agissait d'un héritier naturel ou testamentaire. Dans les coutumes qui admettaient une réserve en faveur de certains héritiers, l'indignité n'enlevait jamais que la portion excédant la réserve légale.

En droit romain, comme en droit français, la perte de la succession n'exonérait pas l'auteur de l'empêchement de l'obligation d'indemniser celui qui en avait été victime. La question de savoir si celui-ci pouvait revendiquer la succession ne pouvait même naître sous l'empire du premier. La dévolution de cette succession au fisc faisait assez connaître l'intention du législateur.

L'abrogation de cette disposition avait naturellement appelé l'attention des jurisconsultes sur cette question. Sa solution, au témoignage de Furgole, avait été conforme à celle qui résultait de la loi romaine. On refusait assez généralement la possession de l'hérédité à celui qui n'avait d'autre titre que la volonté non réalisée du testateur.

« Cela, dit Furgole, ne se pratique point dans les pays de droit écrit et ne paraît pas même pouvoir être observé dans les pays coutumiers, parce que l'art. 1er de l'ordon-

[1] L. I, § 1 ; L. 2 et 3, Digeste ; L. 2, Cod, *Si quis aliquem testari prohibuit*; L 19, Digeste *Quæ ut indignis* ; L. 3, § dernier, Digeste *Ad senat-cons. Trebellianum.*

nance de 1735 y fait obstacle; car ce serait faire valoir une disposition verbale, non constatée par un acte revêtu des formalités prescrites, et admettre la preuve testimoniale d'une telle disposition contre la prohibition expresse de cette ordonnance.

» Lorsqu'un testateur se propose de faire des libéralités dans un testament qu'il ne fait pas, à cause qu'il en est empêché, sa volonté demeure dans les termes d'un simple projet qui ne peut opérer aucun effet, et les legs, fidéicommis, ou autres dispositions, ne sont valables qu'autant qu'ils sont faits par un testament ou un codicille revêtu de toutes les formalités de droit » [1].

Il est donc certain qu'avant le Code civil, celui qui souffrait de l'empêchement de tester, n'avait qu'une seule action, à savoir : celle tendant à obtenir la réparation du préjudice qui lui avait été causé. Cette réparation consistait dans une allocation pécuniaire à la charge de l'auteur de l'empêchement. La succession était, dans tous les cas, dévolue *ab intestat* aux parents appelés par la loi.

405. — Le Code civil s'est écarté, quant aux effets de l'empêchement de tester, des inspirations des législations précédentes. L'art. 727, qui énumère les causes d'indignité, est complètement muet sur l'empêchement de tester. Ce silence équivaut au rejet absolu de cette incacité jusque là admise.

De là cette conséquence que l'héritier, frustré de la succession que le testateur lui destinait, pourrait moins encore aujourd'hui réclamer la délivrance en nature de ce que le défunt voulait lui laisser. A l'autorité des motifs

[1] *Des testaments*, nº 121.

indiqués par Furgole, se réunit cette circonstance que l'empêchement de tester ne produisant plus l'indignité, les biens de la succession ne cessent pas d'appartenir à celui qui les a recueillis, fût-il même l'auteur de l'empêchement [1].

406. — Ce principe admis par M. Chardon, lorsqu'il s'agit d'un héritier légitime, est contesté par ce jurisconsulte à l'égard de l'héritier testamentaire. L'indignité, dit-il, prononcée par le droit romain et par notre ancienne législation, reste, par rapport à ce dernier, dans toute sa force. La preuve que le testateur a été empêché de changer de volonté ferait réputer son testament révoqué, et rendre aux héritiers *ab intestat* la succession entière [2].

Cette doctrine nous paraît formellement repoussée d'abord par l'art. 727 du Code civil. L'indignité est une peine puisqu'elle est une véritable exhérédation. Or il est de principe fondamental en droit que les peines ne peuvent être prononcées que dans les cas expressément déterminés par la loi, sans qu'on puisse étendre les dispositions pénales d'un cas à un autre, même pour cause d'analogie.

* [1] Dans l'ancienne jurisprudence, les causes de l'indignité étaient laissées à l'appréciation des tribunaux. Le code a lui-même déterminé ces causes, et enlevé ainsi aux juges le pouvoir discrétionnaire qui leur était autrefois accordé. Maleville, sur l'art. 727; Toullier, IV, 105; Duranton, VI, 114; Demolombe, XIII, 218.

De ce que les causes prévues par l'art. 727 sont les seules à raison desquelles l'indignité peut être prononcée, il suit que celui qui a empêché le défunt de tester ne peut, pour ce motif, être exclu de la succession comme indigne. Voy. Merlin, *Rép.* v°. testament, sect. IV; Demolombe, XIII, 218.

[2] *Du dol*, tom. 1, n° 179, pag. 338.

Il suffirait donc du silence gardé par l'art. 727 sur l'empêchement de tester pour qu'on ne pût, dans aucun cas, en faire résulter une cause d'indignité. Le système contraire tendrait à constituer les tribunaux les arbitres discrétionnaires des causes d'indignité. Or, c'est précisément pour abolir cet abus de la jurisprudence ancienne, que le Code a voulu expressément les indiquer dans l'art. 727 [1].

Mais, dit M. Chardon, l'art. 727 ne concerne que les héritiers légitimes et non ceux qui ne reçoivent cette qualité que de la volonté de l'homme. Certes M. Chardon n'a pas envisagé les conséquences réelles de la distinction qu'il admet. Elles seraient en effet telles qu'elles conduiraient au résultat le plus monstrueux.

Les art. 906 et suivants règlent bien la capacité requise pour recevoir par testament, mais ce chapitre ne contient aucune disposition sur l'indignité. Dès lors, puisque l'indignité est une peine, puisque les peines ne peuvent être appliquées que dans les cas expressément prévus, il est certain, si l'art. 727 ne s'applique qu'aux héritiers légitimes, que l'héritier testamentaire n'encourra jamais l'indignité, eût-il volontairement donné la mort au testateur.

La morale et la justice protestent hautement contre un pareil résultat, et c'est sur son énormité même qu'on s'est appuyé pour enseigner l'application de l'art. 727 à l'héritier testamentaire.

Car cette application a été contestée, mais dans le sens contraire à celui indiqué par M. Chardon. Ainsi l'on a soutenu que l'héritier testamentaire ne peut, dans aucun cas, encourir l'indignité.

[1] *Exposé des motifs* par Treilhard.

Le contraire, dit Merlin, était incontestable en droit romain, aujourd'hui la question souffrirait quelques difficultés. Cependant la morale et l'identité de raisons semblent nécessiter l'extension de l'art. 727, qui ne parle que des héritiers légitimes, aux légataires et aux héritiers institués [1].

Or, s'il est même douteux que l'héritier testamentaire soit frappé d'indignité dans les cas prévus par l'art. 727, comment serait-il possible de le déclarer tel, lorsque l'héritier légitime ne pourrait l'être?

L'opinion de M. Chardon méconnaît en outre la disposition de l'art. 1035 du Code civil, aux termes de laquelle les testaments ne peuvent être révoqués que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire, portant déclaration de changement de volonté.

Ainsi l'écriture est de l'essence de la révocation des testaments. En trouvant cette révocation dans l'empêchement de tester, M. Chardon ne tient aucun compte de cette condition exigée par le législateur. Que le testateur ait eu la pensée de révoquer ses précédentes dispositions, c'est ce qui peut facilement s'induire du désir qu'il a manifesté de faire un nouveau testament. Mais, nous dirons avec Furgole, que tant que ce désir n'a pas été réalisé, parce que le testateur en a été empêché, sa volonté n'a été et n'a pu être qu'un simple projet qui ne peut opérer ancun effet, par cela seul qu'on ne saurait admettre légalement l'existence d'une révocation verbale, en présence du texte formel de la loi.

407. — L'absence de révocation valable laisse donc la

[1] Rép., v° *Indignité*, n° 2.

succession aux mains de l'héritier testamentaire, comme le défaut de testament la fait déférer aux héritiers du sang. La seule action, compétant à celui qui souffre de l'empêchement de tester, est celle en dommages-intérêts contre l'auteur de l'empêchement, cette action est fondée sur le principe général de l'art, 1382 du Code civil.

408. — Toutefois, cette action n'est recevable que si les moyens employés pour empêcher le testament constituent un dol, c'est-à-dire s'ils présentent un ensemble de manœuvres et de machinations, ayant eu pour résultat d'égarer la volonté de celui qui en a été l'objet. Ce caractère seul peut entraîner l'admissibilité de la preuve testimoniale et conséquemment le succès de la demande en réparation.

De là l'obligation pour le poursuivant d'articuler les faits dont il veut faire résulter l'empêchement de tester qu'il allègue. De là en outre, pour les tribunaux, l'indication du mode à suivre pour apprécier la gravité et la pertinence des faits cotés.

En effet, pour l'empêchement de tester, comme pour la captation elle-même, ce n'est pas tant le fait matériel que les moyens à l'aide desquels il se produit, que la loi a voulu punir. Ainsi, empêcher quelqu'un de tester, en lui prodiguant des soins, des caresses, des prières, conjurer l'intention certaine de révoquer un précédent testament, en regagnant l'affection du testateur par des prévenances empressées, c'est commettre un acte *qui n'aura pas toute la pureté d'intention, et ne sera pas louable à cause du motif d'intérêt sordide qui en est le mobile.* Mais il suffit que le

testateur s'en soit rendu complice, en ajoutant foi aux unes et aux autres pour qu'on ne puisse y voir un dol reprochable.

C'est ce que le droit romain avait admis, ce que notre ancienne législation avait consacré, c'est enfin ce que la Cour de cassation a expressément enseigné sous l'empire du Code.

La Cour de Turin avait jugé qu'il y avait empêchement dolosif de tester, par cela seul qu'un héritier présomptif dit à un mourant qui se dispose à faire un testament que cela est inutile, et qu'il s'engage à remplir ses dernières volontés comme si elles étaient écrites dans la forme légale. Le pourvoi formé dans l'intérêt des parties dut être déclaré non recevable, mais la Cour, sur le réquisitoire de Merlin, prononça la cassation de l'arrêt, dans l'intérêt de la loi [1].

Personne, en effet, n'est présumé ignorer la loi. Conséquemment celui qui, s'en référant à la parole de son héritier, a négligé de donner à ses volontés la forme que la loi exige, doit être considéré comme n'ayant voulu faire qu'un testament verbal dont l'exécution était subordonnée à la volonté de cet héritier. Le refus que celui-ci fait plus tard, en violation de ses promesses, constitue un acte de déloyauté et d'indélicatesse, mais il est impossible d'y voir un dol caractérisé.

De là il résulte que si les faits articulés ne tendaient à établir qu'un acte de cette nature, la preuve devrait en être refusée, parce qu'elle ne serait pas concluante. Mais si l'on demandait à prouver que le défunt a été violemment empêché de faire un testament olographe, si l'on soute-

[1] 18 janvier 1813

nait que le notaire ou les témoins ont été sciemment écartés ou détournés, si l'on articulait enfin que l'on a faussement persuadé au défunt que celui qu'il voulait instituer était mort, les faits seraient pertinents et graves, car ils constitueraient en réalité des artifices, des manœuvres frauduleuses caractérisant le dol et donnant naissance à l'obligation de réparer le préjudice souffert.

409. — Cette obligation n'incombe jamais qu'à l'auteur du dol et ses complices. La question de savoir si l'acte d'un légataire pouvait ou non nuire à ses colégataires ne peut même s'offrir. L'art. 1382 tranche toute difficulté, et, sous son empire, le principe *fratris factum, fratri non nocet,* est surtout vrai. Conséquemment tous ceux qui sont demeurés étrangers au dol sont forcément placés en dehors de toute atteinte.

L'étendue de la réparation due à celui qui prouve l'empêchement de tester à son préjudice, se mesure sur les intentions manifestées par le défunt. L'allocation pécuniaire doit égaler l'avantage qu'il aurait recueilli dans la succession. Elle doit donc être d'une valeur égale à celle-ci, si l'institution projetée était une institution universelle.

Il faut cependant remarquer que si le défunt laisse des héritiers à réserve, les dommages-intérêts devraient être réglés sur la quotité disponible seulement. C'est en effet cette quotité seule dont le testateur pouvait disposer qui serait obvenue au légataire.

410. — L'action en dommages-intérêts appartient à celui qui a souffert de l'empêchement. Elle appartient en outre aux héritiers légitimes, lorsque le testateur a été

empêché de révoquer un testament précédent. Il y a même, dans ces deux cas, cette différence très facile à comprendre que celui qui prétend avoir été victime d'un dol de la nature de celui qui nous occupe, doit d'abord prouver que le défunt voulait l'instituer son héritier. Les héritiers du sang, au contraire, qui arguent de la révocation d'un précédent testament, n'ont à justifier que l'empêchement apporté à ce que cette révocation s'accomplît. En effet, leur titre à l'hérédité est écrit dans la loi qui la leur défère à défaut de testament. Ils ont donc qualité pour prouver que le testament qui les dépouille n'a été maintenu que par le dol, et que l'on doit les indemniser du préjudice que ce dol leur a occasionné.

411. — L'ouverture d'une succession peut voir s'accomplir un fait plus grave encore que ceux dont nous venons de nous occuper. Ce fait que le droit romain, que notre ancienne législation réprimait comme un crime, que le Code pénal actuel punit comme un délit, c'est la suppression d'un testament.

La pensée qui préside à cet acte est tellement caractérisée par l'acte lui-même, par les conséquences qu'il doit entraîner, qu'il eût été absurde d'exiger, pour y reconnaître un dol punissable, l'existence de manœuvres quelconques. De quelque manière qu'il se réalise, le fait matériel indique et prouve une intention essentiellement frauduleuse, de même qu'il produit nécessairement un grave préjudice. Il est donc sans justification comme sans excuse, alors surtout que son auteur est appelé à en recueillir personnellement le bénéfice.

412. — Le fait est donc éminemment dolosif, et ce

caractère incontestable entraîne forcément la recevabilité de la preuve testimoniale. Mais son admissibilité est nécessairement subordonnée aux faits qu'on prétend établir. Ces faits doivent être extrêmement pertinents et graves, car il importe de ne pas encourager ces accusations de fraude qu'un vaniteux amour-propre inspire, et dans lesquelles on aime à voir l'explication de la blessure que l'intérêt éprouve. C'est à la prudente circonspection des tribunaux à concilier les droits de tous.

413. — En général, la preuve de l'existence d'un testament, perdu par un événement fortuit ou de force majeure, n'est pas suffisante pour en faire ordonner l'exécution. Ce n'est pas tout, en effet, que d'avoir un testament, il faut en outre que ce testament soit régulier et légal. Conséquemment celui qui prétend à une succession doit justifier que le titre, qui la lui conférait, a été revêtu de toutes les formalités exigées [1]. La faculté de prouver par témoins l'existence et la perte du testament ne peut faire présumer l'accomplissement de ces formalités, elle ne produit pas la preuve testimoniale.

* [1] Il ne suffit pas, en général, pour être admis à demander l'exécution d'un testament supprimé, ou perdu par accident, de prouver le fait de la suppression ou de la perte, et le contenu de l'acte; il faut, en outre, prouver qu'il était valable en la forme. — Delvincourt, sur les art. 895 et 1035; Toullier, V, 656 et suiv; Duranton, IX, 48; Troplong, III, 1453; Civ. Cass. 16 févr. 1807.

Cependant, le demandeur est dispensé de faire cette dernière preuve, si l'action est formée contre l'auteur même de la suppression du testament. Toullier, *loc cit.*; Troplong, III, 1451 et 1452; Demolombe, XXI, 32; Civ. rej. 1er septembre 1812. — *Voy.* Req. 27 févr. 1827.

En cette matière, la preuve testimoniale est admissible, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit. — Toullier, *loc. cit.*; Req. 24 juin 1828.

Mais cette doctrine, souverainement juste lorsque la perte du testament est le résultat du hasard ou de la force majeure, serait inique lorsque la perte est imputable au fait personnel de la partie qui excipe du défaut de formes. La preuve du contraire est souvent très difficile, à quel titre admettrait-on à profiter d'un tel état de chose celui qui seul l'a déterminé ?

414. — Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé que lorsque l'existence d'un testament est prouvée, et qu'il est établi qu'il a été lacéré et brûlé par le propre fait des parties intéressées à son anéantissement, celles-ci ne sont pas recevables à exiger la preuve de la légalité des formes du testament détruit; il y a dans ce cas présomption de droit que ce testament était revêtu de toutes les formes nécessaires à sa validité [1].

Cette présomption se justifie non-seulement par le principe que le dol ne peut se créer un titre à lui-même, mais encore par les plus simples notions de la raison et du bon sens. Le testament manquant d'une seule des formalités prescrites est radicalement nul, son infirmation est donc certaine. Comprendrait-on dès lors que celui qui pouvait obtenir cette infirmation par les voies légales, ait préféré recourir à un acte sevèrement qualifié par la la loi ?

On n'anéantit pas un acte ne renfermant qu'une menace vaine, on ne supprime pas un testament pour le seul plaisir de le faire disparaître. Conséquemment, en voyant dans cette suppression l'aveu le plus explicite de la légalité du testament, on ne fait qu'une appréciation rationnelle et

[1] Cass., 1er septembre 1812.

logique d'un acte que la supposition contraire rend inexplicable.

Ce qu'on décide dans le cas où le testament a été lacéré et détruit, doit être consacré si, dans le cas de suppression, le testament existait encore dans les mains de celui qui s'en est rendu coupable. A une identité parfaite de raison, se joint la présomption tirée de la détention de la pièce, dont la production lèverait tous les doutes sur l'invalidité prétendue pour défaut de formes. Le refus, l'absence de cette production ne sauraient être attribués qu'à la certitude du mal fondé du reproche. Il est permis, en effet, de croire qu'on ne continue à céler le testament que parce qu'il n'est que trop régulier. Il serait d'ailleurs dérisoire d'admettre un individu à exiger la preuve d'un fait sur lequel il est lui-même parfaitement en mesure d'édifier la relation des magistrats.

415. — Ainsi et par exception au principe général, l'accomplissement des formalités requises pour la validité des testaments est présumé lorsque le testament a été soustrait ou détruit. Mais cette exception ne concerne que l'auteur de la soustraction.

Remarquons, en effet, que la Cour de cassation n'admet la présomption qu'elle consacre que dans le cas où *la suppression du testament est le propre fait des parties intéressées à son anéantissement*, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un dol direct. Les conséquences de cette restriction sont évidemment que la partie qui profiterait de la suppression sans y avoir participé, sans l'avoir connue ou autorisée, serait recevable à exiger la preuve de la légalité des formes du testament. De lui au réclamant, il ne peut y avoir qu'un fait de force majeure, qu'il n'a été donné ni à l'un ni

à l'autre de prévenir ou d'empêcher. Il y aurait donc lieu de revenir à ce qui se pratique dans cette hypothèse.

416. — Mais par l'application des règles du dol indirect, l'héritier dépouillé conserverait un recours utile contre l'auteur de la suppression, et, s'il ne pouvait obtenir la possession de l'hérédité, il conserverait le droit de se faire indemniser du préjudice qu'il éprouverait.

Il n'y a dans cette décision nulle contradiction avec la maxime que nous avons rappelée, à savoir que personne ne doit s'enrichir par le résultat du dol, aux dépens d'autrui. En effet, si le tiers doit perdre ce qu'il a acquis à titre gratuit par le résultat du dol, cela ne peut se réaliser que si le réclamant a un titre régulier. Il doit donc justifier de cette régularité lorsque ce titre a été perdu et cette justification faite, et alors seulement, la maxime devient applicable et doit être appliquée.

417. — La suppression de testaments a pour effet de les faire considérer comme existants. Conséquemment celui qui prouve avoir été l'objet d'une libéralité quelconque de la part du testateur, doit être réellement mis en possession de ce qui lui était assigné. Cette différence entre la suppression d'un testament et l'empêchement de tester s'explique par cette circonstance qu'on ne peut pour celle-ci, dire que la volonté du testateur soit demeurée à l'état de simple projet. Ce projet a reçu sa pleine et entière exécution. Il ne peut dès lors dépendre de qui que ce soit d'en rendre l'effet impossible. La loi testamentaire existe, elle est régulière, et dès lors obligatoire pour tous.

Dès lors aussi celui qui, à la faveur de la suppression

du testament, s'est emparé de la succession, doit être condamné à la restituer à l'héritier institué qui prouve la suppression de son institution; aux héritiers du sang, si le testament supprimé révoquait un précédent testament; ceux-ci n'auront à prouver que le fait de la révocation, car il suffit que le testament qui les dépouillait ait été légalement anéanti, pour qu'ils recueillent la succession que leur qualité leur donne le droit d'appréhender.

A notre avis, la preuve de la nature révocatoire doit résulter, contre l'auteur du dol, de la suppression du testament. Nous le disions tout à l'heure, un acte pareil ne s'accomplit qu'en vue d'un intérêt pressant. Or, quel intérêt peut avoir le légataire institué par un testament à supprimer un testament ultérieur, si celui-ci n'était pas destiné à annuler le premier?

Sans doute il peut se faire qu'il ne s'agisse dans ce second testament que de la réduction plus ou moins considérable des avantages déjà conférés; mais, dans cette hypothèse même, la perte entière de ces avantages n'est que le juste châtiment d'une action coupable. Celui qui a voulu frauduleusement frustrer les tiers de legs qui leur étaient légitimement acquis, ne saurait raisonnablement se plaindre si, la fraude se tournant contre lui-même, il en devient la première victime. Serait-il recevable à trouver mauvais, pour ce qui le concerne, ce qu'il trouvait excellent pour les autres?

La morale, l'équité et la justice recommandent la solution que nous adoptons et dont la consécration ne saurait avoir d'autre résultat que d'inspirer le respect des droits de tous et la mise en pratique de cette vérité éternelle : que nul ne doit faire à autrui ce qu'il ne voudrait qu'on lui fît à lui-même.

Par rapport aux légataires restés étrangers à la suppression du second testament, ils ne peuvent souffrir du fait de leur co-légataire. Ainsi, tandis que celui-ci sera privé de son legs présumé révoqué, eux devront recueillir le bénéfice du testament en ce qui les concerne, à moins qu'on ne prouve contre eux et la révocation et la légalité de l'acte qui la renferme.

418. — Les tiers, auxquels le testament supprimé conférait des droits sur les biens du défunt, peuvent les faire valoir soit contre l'auteur de la suppression du testament, soit contre les héritiers légitimes qui lui auraient été substitués. Leur exercice serait poursuivi dans la mesure que nous avons établie, indépendamment de l'action en réparation du préjudice qu'ils souffrent, contre celui à qui la suppression est imputable et qui en serait convenu.

SECTION IV

DOL DANS LES JUGEMENTS

SOMMAIRE.

419. Caractère de l'autorité attachée à la chose jugée.
420. Conséquences quant à l'erreur commise en jugement.
421. Le dol crée une exception aux principes sur la chose jugée. Conséquences.

419. — L'immutabilité des jugements a toujours été

considérée comme une nécessité sociale. De là le respect qui s'attache à la chose jugée, qui en fait prohiber la révision, alors même qu'il est permis de croire à une erreur matérielle du juge.

Aux yeux de la loi, le jugement définitif est la déclaration de ce qui est juste et vrai sur les points contestés. Elle s'impose donc aux parties comme la loi unique qu'elles doivent suivre sans pouvoir en empêcher ou en suspendre l'exécution.

Cet effet se produit non pas seulement parce que le juge qui a prononcé est l'organe de l'autorité publique, mais encore et essentiellement en force de la convention présumée existant entre les parties. Lorsque celles-ci comparaissent devant le juge, ce ne peut-être que dans l'intention d'obtenir de lui la justice qui leur est due ; elle sont dont censées, par ce seul fait, s'engager d'avance à éxécuter l'acte judiciaire par lequel il fixera les droits et les obligations de l'une envers l'autre. D'où M. Poncet conclut, avec raison, que la source première d'où découle l'action résultant du jugement, se trouve dans l'engagement que les parties ont contracté, non par une convention expresse, mais par la convention présumée naissant de leur comparution en justice, c'est-à-dire dans le quasi-contrat de comparution [1].

Mais cette convention doit se renfermer dans des limites naturelles et justes. Aussi, à la différence des quasi-contrats ordinaires qui produisent leur effets légaux sans condition, et d'une manière absolue, le quasi-contrat de comparution n'opère son effet contre les parties, qu'à la condition de se pourvoir s'il y échet, et ainsi que de

[1] *Des jugements, t. n° 9.*

droit contre le jugement qui interviendra. Les tribunaux ne sont pas infaillibles et les parties, en s'engageant à recevoir comme règle la décision du juge, n'ont évidemment entendu se soumettre qu'à une règle de justice.

420. — Cela posé, l'on doit conclure que le principe de l'immutabilité des jugements n'est équitable, en cas d'erreur, que lorsque l'erreur provient uniquement de l'incertitude et de la faiblesse de l'appréciation humaine. Le juge a rempli tous ses devoirs envers la société, envers les parties elles-mêmes lorsque, interprétant le fait ou le droit, il a prononcé dans le sens que sa conscience lui a indiqué comme le plus probable. La pureté de ses intentions, l'indépendance de son caractère sont les seules garanties que la loi pouvait promettre aux justiciables.

Mais si l'erreur a été inspirée par des manœuvres coupables, si la ruse et le mensonge l'ont rendue inévitable, sous quel prétexte invoquerait-on encore le principe de l'immutabilité des jugements? Des jugements! il n'en existe aucun, car, même en se plaçant au point de vue du magistrat dont elle émane, la décision n'est plus la déclaration de ce qui est juste et vrai, elle est le produit d'une surprise d'autant plus odieuse qu'elle s'est réalisée dans le sanctuaire de la justice dont elle outrage la dignité, en même temps qu'elle foule aux pieds la convention présumée des parties.

La morale et l'équité ne pouvaient tolérer qu'une pareille atteinte aux droits les plus sacrés demeurât impunie. Le dol qui annule les contrats exprès devait agir dans le même sens sur le quasi-contrat judiciaire. Dès

lors son existence a été considérée comme altérant le jugement dans son essence et autorisant par suite sa rétractation.

421. — Le dol crée donc une exception à la règle de l'immutabilité des jugements, mais ses conséquences ne sont pas toujours les mêmes. Elles varient, par rapport au jugement, selon que le dol est imputable à la partie ou qu'il provient du fait du juge. Le premier autorise la requête civile, le second la prise à partie. Nous allons rechercher les caractères et les effets de ces deux modes de recours.

---

§ Ier.

De la Requête civile.

SOMMAIRE.

422. Définition de la requête civile.
423. Premier cas d'application à notre matière. — Dol personnel. — Ce qui le constitue.
424. Tort de la doctrine exigeant que l'affirmation mensongère soit accompagnée de manœuvres.
425. Doctrine contraire du droit romain.
426. Admise par notre ancienne jurisprudence.
427. Le Code de procédure n'a point dérogé à ces principes.
428. Opinion des auteurs qui ont écrit sur la procédure.
429. Jurisprudence.

430. Conditions à la recevabilité de la requête civile dans ce cas. Fausseté de l'allégation acquise.
431. Le dol doit être le fait personnel de l'auteur de l'allégation.
432. Le dol doit avoir influé sur la décision.
433. Dissentiment avec M. Chauveau.
434. Faits pouvant caractériser le dol personnel.
435. Subornation des témoins. — Modes de preuves. — Effets.
436. Corruption des experts. — Son caractère. — Ses effets.
437. Faux serment.
438. Différence dans les effets, selon qu'il s'agit d'un serment déféré ou référé par la partie, ou d'un serment ordonné d'office par le juge.
439. Deuxième cas d'application. — S'il a été jugé sur pièces depuis reconnues ou déclarées fausses.
440. Applicabilité à l'usage des pièces fausses fait de bonne foi.
441. Difficulté réelle du litige fondé sur cette disposition. — Existence préalable du faux. — N'était pas exigée dans notre ancien droit.
442. Doctrine contraire admise par le Code de procédure.
443. La reconnaissance dont parle l'article ne peut s'entendre que de l'aveu de la partie.
444. Résumé. — Opinion arbitraire de Pigeau.
445. Troisième cas d'application. — Découverte, après le jugement, de pièces décisives. — Conditions exigées.
446. La rétention faite de bonne foi autorise-t-elle la requête civile?
447. Effet de la requête civile quant à l'exécution du jugement.

422. — La requête civile est une voie extraordinaire pour attaquer les jugements ou arrêts ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Elle est autorisée dans les cas expressément prévus par l'art. 480 du Code de procédure civile.

Les seuls cas qui se rapportent à notre matière sont

ceux indiqués par les nos 1, 9 et 10. C'est à leur examen que nous devons nous borner.

La voie de la requête civile est ouverte : 1° s'il y a eu dol personnel ; 2° s'il a été jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses après le jugement ; 3° si depuis le jugement il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de la partie.

423. — 1° Dol personnel. — Le mot dol s'applique à toutes les fraudes et surprises mises en usage pour tromper. En matière ordinaire, la simple attestation d'un fait faux ne serait point considérée comme caractérisant suffisamment le dol. Doit-on le décider ainsi pour les jugements susceptibles d'être attaqués par la requête civile ?

L'affirmative a été enseignée, et cette opinion a puisé son principal argument dans le n° 10 de l'art. 480. Dans l'espèce qui y est prévue, a-t-on dit, la loi ne s'est pas contenté de l'allégation d'un fait faux, elle a exigé de plus la dissimulation des pièces qui pouvaient faire découvrir le faux. Cette disposition doit dès lors fixer le sens du principe général posé par le n° 1er dont elle est le développement. Il n'y aura donc réellement dol personnel que lorsque l'attestation fausse aura été précédée, accompagnée ou suivie de manœuvres tendant à en persuader la véracité, et à empêcher la découverte de son véritable caractère.

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de Besançon, du 10 décembre 1810. Cet arrêt se fonde précisément sur les termes du n° 10 de l'art. 480, pour en induire que la législation, en exigeant dans cette disposition la simultanéité d'une allégation mensongère et

d'un acte imputable à la partie, n'a pas voulu, dans le § 1er du même article, que cette même allégation constituât seule une ouverture à la requête civile. Il décide en conséquence que le dol personnel n'existe qu'autant qu'il y a eu fausse attestation accompagnée de manœuvres frauduleuses ayant placé la partie adverse dans l'impossibilité d'éclairer le juge sur le point contesté [1].

424. — Cette doctrine a, à notre avis, le tort de placer sur une même ligne les jugements et les contrats ordinaires, sans tenir compte de la différence de la position des parties dans chacun de ces actes.

Sans doute, la simple allégation d'un fait faux ne constitue pas pour les contrats ordinaires un dol punissable. Il faut en outre que, par des moyens préparés et combinés à l'appui de cette allégation, la partie lésée ait été placée dans l'impossibilité de découvrir la vérité qu'elle avait tant d'intérêt à connaître.

Mais cela tient surtout à cette circonstance que la partie qui va contracter est toujours en position de se livrer aux recherches qu'exige cette découverte, recherches dont la loi lui fait un devoir, précisément parce qu'il est loisible de renvoyer l'acceptation du contrat jusqu'au moment où les ayant accomplies, elle sera en mesure de traiter avec connaissance de cause.

En est-il de même pour les jugements? Evidemment non, car celui qui veut surprendre une décision ne livrera pas d'avance les moyens à l'aide desquels cette surprise doit s'effectuer. C'est donc pendant la plaidoirie et en l'absence des parties que ces moyens se produiront, con-

[1] *Journal du Palais.*

séquemment dans un moment très rapproché du jugement, ou du moins assez voisin de celui-ci pour que des recherches quelconques soient impossibles.

Demandera-t-on le renvoi pour avoir le temps de s'y livrer? On répondra que l'intérêt de la prompte expédition de la justice s'y oppose; et, toute considération de statistique à part, on doit reconnaître que ce motif aurait dans l'espèce une gravité réelle: En effet, si toutes les fois qu'une attestation est produite par l'une des parties, l'autre pouvait, sous prétexte de mensonge, obtenir le renvoi de l'affaire afin de se procurer la preuve de ce mensonge, le cours de la justice se trouverait singulièrement entravé par l'abus que la mauvaise foi ne manquerait pas de faire de cette faculté.

La partie n'est donc pas libre de se livrer aux recherches que la découverte de la vérité exigerait; les juges eux-mêmes n'ont aucun moyen d'éclairer leur religion, en dehors des éléments existant au procès. Dès lors il serait inique de punir les parties d'un tort qu'elles n'ont pu avoir, car elles ne font que subir la position que la loi leur impose; il serait immoral de récompenser la mauvaise foi et la fraude de l'audace qu'elles ont mis à braver la justice elle-même.

L'assimilation entre les jugements et les contrats ordinaires manque donc de justesse et d'exactitude. La différence de position que nous venons de relever doit en créer une dans le mode d'appréciation des caractères constitutifs du dol pour ce qui les concerne respectivement.

Ajoutons que la confiance forcée que les juges sont obligés d'avoir dans les allégations qui se produisent à leur barre, aggrave singulièrement les torts de celui qui emploie le mensonge et la ruse. Ce qui ne serait qu'un acte

d'indélicatesse blâmable dans un contrat ordinaire devient, en matière de jugement, un dol punissable.

452. — C'est ce que les législateurs anciens avaient parfaitement compris. Nous avons vu quels étaient en droit romain les caractères du dol annulant les contrats. Or, pour ce qui concernait les jugements, on obéissait à d'autres principes. La fausse allégation dans l'intention de tromper suffisait pour qu'elle pût faire rétracter le jugement : *Si per dolum sciens falso aliquid allegavit, et hoc modo consecutum eum, sententia prœtoris liquido fuerit adprobatum, existimo, notat Marcellus, judicem debere querelam rei admittere* [1].

Un des plus habiles commentateurs du Digeste développait ainsi cette pensée : *Ubi falsitas probata fuerit quæ, lite pendente, neque adversario, neque judici innotuerat, sic uti religio judicis per hujus modi falsitatem circumventa fuerit, petito ad id per modum querelæ vel accusationis restitutione ad integrum, ut sententia per restitutionem enervata, perdat deinceps omnem rei judicatæ auctoritatem, ac causa ex integro examinetur perinde ac si judicatam non esset* [2].

On n'exigeait donc aucune manœuvre autre que la fausseté de l'allégation par laquelle la religion du juge avait été surprise ; et la découverte de cette fausseté opérait tous les effets du dol, puisqu'elle déterminait la rétractation de la sentence.

426. — Au témoignage de Jousse, cette doctrine avait

[1] L. 15, Dig. *De judiciis.*
[2] Voët, *Sur le Digeste,* liv, 42, t. I, § 28.

été consacrée par l'ordonnance de 1667. Le dol personnel, mis au nombre des causes autorisant la requête civile, était donc constitué, par la fausse attestation, isolément de toute autre manœuvre, et cela, dit Rodier, parce que la raison naturelle ne permet pas que l'on tire avantage de son dol.

Remarquons qu'à côté du dol personnel, l'ordonnance plaçait la rétention de pièces décisives comme autorisant la requête civile. Jamais cependant les commentateurs de cette ordonnance n'ont vu dans cette disposition une restriction à celle relative au dol personnel. Celui-ci était considéré comme un moyen très étendu et fournissant de bien nombreuses occasions de se pourvoir contre les arrêts. Il n'est pas possible, dit Rodier, de désigner en détail les cas où l'on peut se servir de ce moyen, parce que le dol peut se commettre d'une infinité de manières. Cela dépend du fait et des circonstances du procédé qui contiennent le dol et la surprise pratiquée [1].

427. — Notre Code de procédure a-t-il dérogé à cette doctrine? L'exposé des motifs de l'article que nous examinons répond péremptoirement à cette question. « Il restera positivement établi, disait l'orateur du Gouvernement, qu'un jugement surpris à la justice par des attestations fausses et mensongères, est considéré comme le produit de ce dol qui met toute décision judiciaire en opposition avec ce qui est juste et vrai, et, par conséquent, autorise contre elle la requête civile ».

Ainsi, l'allégation fausse et mensongère est assimilée

[1] *Questions sur l'ordonnance.* — Voy. Pothier, *Traité de la procédure,* chap. 3, sect. 3, § 2.

au dol, elle en produit les effets. Notre droit s'est donc conformé aux législations qui l'ont précédé, il était même impossible qu'il en fût autrement. Les temps peuvent changer, mais la morale ne change pas. Elle est immuable comme les principes d'équité et de justice qui en sont la base. Or, pourrait-on concevoir quelque chose de plus antipathique à ses inspirations que l'impunité assurée à celui qui, se jouant de la justice elle-même, l'a détournée de ses voies en surprenant, par le plus audacieux mensonge, une décision favorable à ses intérêts?

Il n'est pas possible d'admettre que le mensonge ne suffit pas, que le dol personnel exige en outre l'existence de manœuvres quelconques. Le § 10 de l'art. 480 n'est donc pas l'explication du § 1er. Il ne fait que prévoir un cas spécial, dans lequel, dit Pigeau, le dol ne sera suffisamment caractérisé qu'autant que les circonstances prévues se trouveront réunies, ce qui n'empêche pas que la partie qui s'est rendue coupable d'un véritable dol, par d'autres moyens qu'en retenant les pièces, ne puisse être toujours attaquée en vertu du n° 1er de l'art. 480.

428. — C'est par ces considérations que les auteurs sont à peu près unanimes pour critiquer l'arrêt de la Cour de Besançon. C'est ce que font notamment Dalloz jeune, Favard, Thomines, Boitard, Carré, Ad. Chauveau.

« Sans doute, dit ce dernier, il appartient au juge de déclarer si dans telle espèce le dol existe, s'il résulte suffisamment des faits imputés à la partie qu'on prétend s'en être rendue coupable. Pour cette appréciation, la loi s'en rapporte uniquement à sa conscience. Ainsi, que la Cour de Besançon eût déclaré, d'après les circonstances de la cause, que la dénégation du fait, depuis reconnu vrai, ne

constituait pas, de la part de l'auteur de cette dénégation, un dol personnel, rien de mieux, elle en avait le droit ; mais s'autoriser du § 10 de l'art. 480 pour dire que la simple allégation d'un fait, depuis prouvé faux, ne peut jamais constituer un dol, si elle n'est accompagnée de manœuvres ayant réduit la partie adverse et le juge à l'impossibilité de discerner la vérité, c'est resserrer dans des limites trop étroites l'application du § 1er, c'est imposer arbitrairement des conditions qu'il n'a point prescrites ».

429. — Cette interprétation de l'art. 480 a prévalu, et devait effectivement prévaloir, en jurisprudence. Ainsi il a été jugé :

1° Que la requête civile peut être prise contre un jugement basé sur un fait que la partie savait être faux, mais que les juges ont cru vrai parce qu'il était affirmé par le défenseur de la partie [1] ;

2° Que la simple dissimulation d'une pièce décisive, par une partie, peut prendre le caractère d'un dol personnel et donner lieu à requête civile ; qu'ainsi lorsque une partie a attaqué un jugement par voie de cassation ; qu'il y a eu rejet par la section des requêtes ; que la même partie a attaqué ensuite le même jugement par voie d'opposition ou de tierce-opposition, sans révéler l'existence de l'arrêt de rejet inconnu à l'adversaire, arrêt qui cependant eût été une pièce décisive contre l'une et l'autre espèce de recours, il y a ouverture à requête civile contre le jugement qui admet soit l'opposition, soit la tierce-opposition [2] ;

[1] Bruxelles, 23 juillet 1810 ; *J. du P.*

[2] Cass., 19 février 1823 ; *J. du P.* * — Mais il a été jugé : 1° que la partie qui, désintéressée par des offres réelles acceptées, a cependant poursuivi et obtenu un jugement contre le débiteur, ne se rend pas cou-

3° Qu'il y a dol personnel de l'une des parties et par suite ouverture à requête civile, lorsqu'il résulte, des pièces découvertes après jugement, que le défendeur à la requête civile n'avait obtenu gain de cause qu'au moyen de la dénégation mensongère de faits allégués par son adversaire [1].

Tenons donc pour certain que le § 10 de l'art. 480 n'est ni une dérogation, ni une restriction au § 1er; qu'en conséquence, le dol personnel peut, indépendamment de toutes manœuvres, résulter de l'attestation mensongère sur laquelle le jugement s'est fondé; que la preuve du mensonge donne dès lors ouverture à la requête civile.

430. — Mais l'exercice de ce recours n'est recevable que dans les circonstances suivantes :

1° La preuve de la fausseté de l'attestation doit être acquise.

Le législateur, en autorisant la requête civile, n'a nullement entendu fournir l'occasion d'ébranler ou d'altérer la foi due aux arrêts par des attaques se réduisant à offrir la preuve du dol allégué. Le Code, disait l'orateur du Gouvernement, a maintenu les précautions prises par les anciennes lois, pour que, sous le titre de requête civile, l'on

pable d'un dol personnel envers ce débiteur, qui a négligé de se prévaloir de l'existence des offres, et que le jugement ainsi obtenu n'est pas, par suite, susceptible d'être attaqué par requête civile (cass. 19 août 1842; Sir 1843, 1, 231); 2° qu'il n'y a pas dol *personnel* dans la simple dénégation, par une partie, de l'existence d'une transaction, lorsque la partie adverse avait entre les mains la preuve de cette transaction, et qu'elle a négligé de s'en prévaloir, Cass. 24 nov. 1852, Sir. 1853, 1, 78.

[1] Colmar 18 mai 1820, — Nîmes, 24 décembre 1839, *J. du P.*, t 1, 1840, p.460, — Besançon, 3 décembre 1862, *J. du P.*, 1863, 678.

ne présentât pas les moyens non recevables ou que l'on mettrait en avant sans être en état d'en faire la preuve.

Ainsi le recours en requête civile suppose *à priori* l'existence certaine et démontrée du fait dont on veut faire résulter le dol. La loi le veut tellement ainsi, que l'art. 488 ne fait courir le délai de trois mois pendant lequel la demande doit être intentée que du jour de la découverte du dol et exige que la preuve de cette découverte soit constatée par écrit et non autrement. Ce qui indique forcément la préexistence de la reconnaissance du dol sur toutes les démarches judiciaires que ce dol est dans le cas de motiver.

Il faut donc, pour que la requête civile soit admissible, qu'au moment où elle a été formulée, on ait acquis la preuve du fait qui lui sert de fondement; que ce fait constitue un dol. La demande qui se bornerait à alléguer le dol et à en offrir la preuve serait non recevable et incapable de produire aucun effet[1].

431. — 2° L'acte qualifié dol doit être personnellement imputable à la partie qui a obtenu le jugement attaqué. C'est ce qu'indique formellement l'art. 480, qui n'autorise la requête civile que dans l'hypothèse d'un dol personnel. Conséquemment, le mensonge et la ruse qu'un tiers se serait permis, sans connivence, sans complicité de la partie, resterait sans effet sur le jugement et ne pourrait motiver la requête civile.

Mais on ne doit pas ranger dans la catégorie des tiers l'avocat ou l'avoué de la partie. Choisis par elle, l'un et l'autre sont, dans l'exercice de leur mission, ses véri-

[1] *J. du P.* Paris, 11 mars 1836.

tables mandataires chargés de la représenter. A ce titre, ce qu'ils font est censé fait par la partie elle-même.

Or, en principe, le dol du mandataire ne saurait nuire, ni moins encore profiter au mandant [1]. Ce principe reçoit une application d'autant plus incontestable à notre espèce, que l'avocat ou l'avoué n'agit que sous l'inspiration immédiate du client, et que celui-ci, en revendiquant le bénéfice du jugement obtenu par le dol de l'un ou l'autre, ratifie tout ce qu'ils ont fait en son nom et s'approprie ainsi le dol lui même Il est donc de toute justice qu'il subisse toutes les conséquences d'un acte dont il a voulu recueillir les avantages.

Ainsi, le dol de l'avocat ou de l'avoué est considéré comme le dol personnel de la partie. Sa découverte et sa reconnaissance autorisent donc contre elle la voie de la requête civile [2].

432. — 3° Que le dol reproché ait influé sur le jugement dont on poursuit la rétractation.

Le dol n'est punissable qu'autant qu'il occasionne un préjudice. Ce préjudice existe incontestablement lorsque le dol a été la cause déterminante du contrat. Ainsi, celui qui demande à être relevé de son engagement, doit, aux termes de l'art. 1116. justifier qu'il ne l'aurait pas contracté sans les manœuvres par lesquelles il a été circonvenu.

Nous ne saurions comprendre qu'il pût en être autrement dans le cas d'une requête civile, à moins de jeter les parties dans des frais frustratoires et inutiles. Si la

[1] V. supra, chap. 1, sect. 2 § 2.

[2] Poncet, *Des jugements*, tom. II, tit. 2, chap. 3, n° 460; — Pigeau. Carré, Chauveau, — Voy. arrêt de Bruxelles. du 23 juillet 1810.

fausse attestation n'a pas déterminé la solution, si le jugement, tel qu'il a été rendu, a son fondement réel dans les autres documents du procès, qu'importe que dans les moyens soumis au juge il s'en trouve un constituant un mensonge? Faites-le disparaître, et la partie qui s'en plaint n'en aurait pas moins perdu son procès. A quoi bon, dès lors, accueillir sa demande au rescindant, puisqu'elle doit succomber au rescisoire.

433. — Cette opinion est combattue, en quelque sorte, par M. Chauveau, qui enseigne que la requête civile, fondée sur un des moyens prévus par la loi, ne peut être écartée sous prétexte de défaut d'intérêt. Mais cette doctrine, vraie sous un certain rapport, ne saurait recevoir aucune appplication au cas de dol personnel.

Ainsi, la requête civile fondée sur ce que les formalités prescrites à peine de nullité ont été violées, ou sur le défaut de communication au ministère public, dans les cas où cette communication est rigoureusement ordonnée, ne pourrait être rejetée sur le motif que le demandeur n'y aurait aucun intérêt. Dans l'un et dans l'autre cas, le droit naît du fait matériel lui-même, abstraction faite des effets qu'il a pu produire sur le jugement. Dès lors, le tribunal qui, par l'appréciation de ces effets, refuserait la rétractation du jugement, violerait expressément la loi et s'exposerait à la censure de l'autorité judiciaire supérieure.

Mais, dans le cas de dol personnel, la mission du juge est bien différente. Elle consiste alors, et c'est M. Chauveau qui nous l'explique, à rechercher si, dans telle espèce le dol existe, s'il résulte suffisamment des faits allégués. Or, comment cette recherche pourrait-elle

s'opérer sans avoir égard à l'existence d'un préjudice? Le dol n'est-il pas *consilium fraudis et eventus damni?* Dès lors, comment déclarer le dol certain si l'on n'établit pas *à priori* l'existence de l'un de ses éléments essentiels, la certitude d'un préjudice? Il est donc évident que le juge, non-seulement peut, mais doit vérifier d'abord le préjudice souffert par le demandeur en requête, et, s'il pense qu'il n'en existe aucun, il déclarera qu'il n'y a pas dol, et conséquemment que la requête civile est non recevable.

Au reste, M. Chauveau n'a pas suffisamment examiné l'arrêt de la Cour de cassation du 16 août 1808, sur lequel il fonde sa doctrine. Cet arrêt casse une décision de la Cour de Besançon, non pas parce que celle-ci avait déclaré non recevable, pour défaut d'intérêt, la requête civile des demoiselles Thouverey. Ce qui détermine la Cour suprême, c'est que, bien à tort l'on avait déclaré celles-ci sans intérêt, tandis qu'*il était évident qu'elles en avaient un réel à attaquer les dispositions qu'elles voulaient faire rétracter, qui pouvaient compromettre le sort de leur créance, et qu'elles ne pouvaient les attaquer que par la requête civile* [1].

Y aurait-il eu également cassation si le défaut d'intérêt, allégué par la Cour d'appel, eût réellement existé? Ce qui fait supposer le contraire, c'est le soin que met la Cour régulatrice à établir la proposition contraire. Sa décision tient donc uniquement à l'erreur commise à cet égard par la Cour de Besançon, et dans ces limites cet arrêt ne saurait prêter aucune autorité au système de M. Chauveau.

[1] *Journal du Palais.*

Ainsi, si le jugement attaqué par requête civile, sur le motif de dol personnel, n'en eût pas moins été rendu tel qu'il l'a été en l'absence du fait caractérisé dol si le juge n'a puisé sa conviction que dans les autres éléments du procès, la requête civile doit être écartée. Admettre le contraire, ce serait vouloir perpétuer le litige, encourager la chicane et exposer des frais évidemment inutiles.

La question de savoir jusqu'à quel point le dol a influé sur le jugement, sera facile à apprécier, puisque la requête civile doit être soumise au juge qui a rendu la décision querellée. Personne, en effet, ne pouvait mieux que lui rendre compte de ses impressions au moment de cette décision, et expliquer les motifs qui l'ont déterminée.

Aux conditions qui précèdent, la requête civile est parfaitement admissible. Reste le bien fondé de la demande que le tribunal investi doit prononcer sur l'existence du dol, sa gravité, ses conséquences. A cet égard son indépendance est absolue et son appréciation souveraine; sa décision, quelle qu'elle soit, ne saurait être annulée par la Cour de cassation [1].

434. — Au nombre des actes pouvant caractériser le dol personnel, se placent la subornation des témoins, la corruption des experts, le faux serment.

435. — La subornation des témoins est plus qu'un dol. La loi la considère comme un crime qu'elle punit d'une peine afflictive et infamante. Il n'y a donc aucun doute à concevoir : le jugement obtenu par l'effet de

[1] Cass., 12 janvier 1841. — D. P., 41, 1, 180.

cette subornation ne saurait survivre à la certitude de son existence.

Mais cette certitude ne saurait être acquise que par la preuve résultant d'un jugement de condamnation au criminel. L'absence de ce jugement rendrait la requête civile non recevable, alors même que le demandeur offrirait la preuve par documents ou par témoins.

En conséquence, celui qui se prétend victime de faux témoignages déterminés par la subornation, doit d'abord recourir à la voie criminelle. L'instance jugée et le suborneur convaincu, la requête civile ne pourrait manquer d'être accueillie et de produire tous ses effets.

Si le prétendu suborneur est acquitté, la requête civile devient rigoureusement impossible, alors même que les témoins sur la foi desquels le jugement a été rendu seraient reconnus et punis comme faux témoins. Le faux témoignage est sans doute un dol extrêmement grave, mais il n'est pas personnel à la partie sans le concours de laquelle il s'est produit. Or, en vertu de l'art. 480, il n'y a que le dol personnel qui donne ouverture à la requête civile.

La partie lésée par le faux témoignage n'aurait donc qu'une action, à savoir : celle en dommages-intérêts contre les auteurs du faux témoignage, pour les contraindre à réparer le préjudice qui en est résulté.

436. — La corruption des experts peut être sans difficulté assimilée à la subornation des témoins. Elle est même plus dangereuse et plus grave, car, indépendamment de son caractère qui l'a fait accepter par la partie et par le juge, l'expert est appelé le plus souvent à constater des faits dont la matérialité est sous ses yeux et doit

être facilement reproduite. On ajoutera donc d'autant plus de confiance à sa déclaraton, d'ailleurs garantie par serment, qu'une erreur est beaucoup moins présumable chez lui que chez un témoin déposant d'après des impressions et des souvenirs plus ou moins fidèles.

L'acte qui a pour objet d'amener l'expert à trahir son serment et à tromper la confiance que la justice lui a témoignée, est donc un acte qu'on ne saurait trop vivement flétrir, il peut ne pas rentrer dans la catégorie de ceux que punit l'art. 179 du Code pénal, mais de toute certitude on ne saurait ne pas y rencontrer un véritable dol.

L'auteur de cette corruption ne pourrait donc se soustraire aux effets de la requête civile, ni la soutenir non recevable, à moins qu'il ne fût certain que le rapport de l'expert corrompu n'a exercé aucune influence sur la décision qui l'a suivie.

Cette hypothèse peut ne pas être impossible. En effet, l'avis de l'expert n'est jamais obligatoire. Les juges peuvent, à leur gré et suivant leur conviction, le modifier, le mettre même complètement de côté. Ce dernier cas se réalisant, la preuve que l'expert a été corrompu serait sans effet, puisque ce serait ailleurs que dans son rapport que les juges auraient puisé les motifs de leur décision.

Au reste, des difficultés de ce genre sont évidemment en dehors de toute discussion, le tribunal qui a rendu le jugement attaqué étant seul compétent pour les apprécier et les résoudre d'une manière convenable.

La subornation des témoins et la corruption des experts peuvent avoir été pratiquées par argent, par une récompense quelconque, par des promesses même. Quel que soit leur mobile, l'effet en est le même par rapport au

jugement qu'elle a déterminé. Nous faisons cette observation pour prévenir un doute que le droit romain pourrait faire naître. En effet, le rescrit d'Adrien ne considère la corruption comme cause de la rétractation des jugements qu'autant qu'elle a été pratiquée à prix d'argent[1].

437. — Nous venons de voir qu'une allégation mensongère et fausse constituait, suivant les circonstances, un dol donnant ouverture à la requête civile; par une supériorité de raisons incontestable devrait-on admettre cette doctrine pour ce qui concerne le faux serment qui réunit le sacrilège au mensonge.

La requête civile serait donc ouverte envers le jugement rendu conformément au serment prêté. Ici l'influence du serment sur la décision n'est pas douteuse, le vice qui entacherait le serment, entacherait donc la décision elle-même.

438. — On doit cependant distinguer, par rapport à la requête civile, le serment déféré ou référé par la partie, du serment ordonné d'office par le juge.

De tout temps le serment décisoire a été considéré comme terminant à tout jamais le litige. Ce serment, disait le jurisconsulte Paul, renferme une véritable transaction, et a conséquemment une autorité plus grande que celle de la chose jugée. Ajoutons aussi qu'il a une autorité plus grande que la transaction elle-même, car le dol, qui relève de celle-ci, ne saurait influer sur ses effets : *Adversus exceptionem jurisjurandi replicatio doli*

[1] L. 33, Dig. *De re judicata.*

mali non debet dari, cum prætor id agere debet, ne de jurejurando quæratur [1].

L'art. 1363 du Code civil a consacré ce principe. Le serment décisoire crée, sous son empire, une présomption contre laquelle la preuve du contraire n'est pas admissible; et cela, disait l'orateur du Gouvernement, parce que le serment déféré ou référé par les parties doit terminer définitivement toute contestation. C'est la condition sous laquelle la loi donne le droit, de l'exiger. Ainsi de l'exercice de ce droit résulte le consentement de se soumettre à la condition; et dès lors, celui qui a déféré le serment ou qui l'a référé n'est plus recevable, lorsqu'il a été fait, à en prouver la fausseté [2].

De tout cela il résulte évidemment que la voie de la requête civile est absolument interdite contre les jugements rendus à la suite du serment décisoire, alors même que la preuve de la fausseté serait matériellement acquise.

Mais aucun des caractères constitutifs du serment décisoire ne s'applique au serment ordonné d'office par le juge. On ne peut pas dire, en effet, que la partie ait voulu s'en remettre à la conscience de son adversaire, puisque, d'une part, elle n'a pas cru prudent de lui déférer le serment, et qu'elle a, en outre, résisté autant que possible à ce que le juge le lui déférât. On ne peut, dès lors, considérer ce serment comme une transaction. Il n'est plus qu'un moyen de décision invoqué par le juge, et contre lequel la partie qui a succombé conserve le libre exercice de tous ses droits, et notamment le recours à la

[1] L. 15, *Dig., De except.*

[2] Locré, *Procès-verbaux du conseil d'Etat*, séance du 5 pluviôse an XII, tom, XII, pag. 414.

requête civile, dès qu'elle aura acquis la preuve du parjure. C'est au reste ce qui a toujours été considéré comme une règle incontestable [1].

439. — 2° La requête civile est admissible s'il a été jugé sur pièces depuis reconnues ou déclarées fausses.

Cette hypothèse touche, sous un rapport, à celles que nous venons de parcourir. L'usage sciemment fait d'une pièce fausse constitue un dol au suprême degré, puisqu'il est considéré et puni comme un crime; le droit à se pourvoir par requête civile se puiserait donc suffisamment dans le n° 1er de l'art. 480.

440. — Mais une disposition spéciale devenait nécessaire, dès l'instant que le législateur n'exigeait pas que la fausseté des pièces eût été connue par la partie qui les a invoquées. La question de dol est donc fort indifférente. La bonne foi admise, la requête civile n'en serait pas moins recevable, pourvu : 1° que les pièces produites soient reconnues ou déclarées fausses; 2° qu'elles aient servi de bases au jugement attaqué. Telles sont les conditions uniques exigées par le n° 9 de l'art. 480 [2].

[1] Voy. L. 31, Dig. *De jurejurando*; — Despeisse, tit. 12, sect. 2; — Domat, 2me part., liv. 4, tit. 9 : — Pothier, liv. 12 tit. 2, n° 51.

[2] Il n'y a ouverture à requête civile pour cause de dol personnel résultant de l'emploi d'une pièce frauduleuse, qu'autant que cette pièce a influé d'une manière décisive sur l'arrêt dont la rétractation est demandée. Cass. 7 fév. 1855, Sir. 1856, I. 428. Les juges ont un plein pouvoir pour examiner et apprécier souverainement si cette pièce a été décisive. Même arrêt. — Voy. sur le pouvoir des juges du fond en pareille matière, Cass. 23 mars 1868, Sir. 1868, 1. 265. — Voy. aussi Cass. 5 juin 1839, Sir., 1839, 1, 477.

441. — La seule difficulté que cette disposition fait naître est relative au sens qu'il convient d'attacher à ces termes : *Reconnues ou déclarées fausses*. De la solution de cette difficulté dépend la question de savoir si le juge de la connaissance de la requête civile peut, par un même jugement, admettre la fausseté des pièces et statuer ensuite sur le mérite de la requête civile.

L'affirmative a été soutenue depuis le Code de procédure. « L'art. 480, a-t-on dit, n'a voulu qu'une seule chose à savoir : que la fausseté des pièces qu'on aurait connue avant le jugement, en négligeant alors de l'invoquer, ne pût servir plus tard d'ouverture à requête civile, c'est dans ce sens qu'il exige que cette fausseté ait été déclarée ou reconnue depuis le jugement, il suffit donc que cette condition soit remplie pour qu'on doive admettre la requête civile.

» Aucune difficulté ne peut s'élever quant à la déclaration du faux, mais la reconnaissance, indiquée par le législateur, ne saurait être l'aveu émané de la partie confessant ainsi sa propre turpitude. On doit donc entendre par là la découverte du faux par le demandeur en requête civile. Or, rien dans l'art. 480 n'autorise à penser que l'une ou l'autre doive précéder l'instance en rétractation du jugement ; exiger cette reconnaissance ou cette déclaration préalable, c'est donc ajouter à la loi. Dès lors, la preuve du faux peut être valablement faite devant le tribunal investi de la demande en requête civile, qui peut conséquemment prononcer simultanément sur le faux et sur la requête elle-même ».

Tout cela était vrai sous l'empire de l'ordonnance de 1667, c'est ce qu'atteste notamment un arrêt de la Cour de cassation du 22 pluviôse an IX. Mais la doctrine de l'ordonnance a été abandonnée par le Code de procédure, cela résulte du texte et de l'esprit du Code.

L'art. 34, tit. 35, de l'ordonnance autorisait la requête civile, s'il avait été jugé *sur pièces fausses*. La généralité de ces termes ne répugnait nullement au sens qu'on leur avait reconnu. Évidemment le législateur n'avait rien prévu ni quant à l'existence préalable du faux ni quant au mode de sa constatation.

Dès cette époque, cependant, une controverse s'était établie sur l'un et l'autre point, et cette controverse n'avait pas laissé que de créer des difficultés assez graves. Un jugement définitif doit, disait-on, devenir la loi immuable des parties. Ouvrir contre lui un recours trop facile, c'est s'exposer à en diminuer la juste autorité, c'est encourager la mauvaise foi et la chicane intéressées à se soustraire par tous les moyens à une condamnation juste et méritée. L'intérêt général exige donc qu'il n'y ait rien d'arbitraire dans les modes d'attaque dont un jugement peut être l'objet, et, si cette attaque est fondée sur la fausseté des pièces produites, il convient que cette fausseté soit prouvée avant qu'on puisse en poursuivre les effets. Procéder autrement, c'est livrer les parties à des débats interminables, car la prétention de la découverte d'un faux qui n'a réellement jamais existé, et qu'on ne pourra prouver, amènera de fréquents procès.

442. — C'est en présence de ces difficultés que se trouvaient les auteurs du Code de procédure, et le rapprochement des termes qu'ils ont employés, de la disposition de l'ordonnance, indique de quelle manière ils ont entendu les trancher. La requête civile n'est admissible que si les pièces ont été reconnues ou déclarées fausses, elle n'est donc possible qu'à partir de la reconnaissance ou de la déclaration; dès lors, comment admettre que

l'exercice d'un droit puisse précéder l'ouverture du droit lui-même?

Le Code a donc déserté le système suivi par l'ordonnance de 1667, et s'il est vrai que sous l'empire de celle-ci le faux n'avait pas besoin d'être préalablement prouvé, il est certain que, depuis la promulgation du premier, cette constatation préalable est devenue la condition indispensable de la faculté de se pourvoir par requête civile. D'où la conséquence que le juge investi de cette requête ne peut rechercher d'abord le faux et prononcer ensuite sur la requête civile.

443. — Quant au sens qu'il faut attacher à la reconnaissance prescrite par notre article, il ne saurait être douteux: il ne peut s'entendre que de l'aveu fait par l'auteur du faux ou par celui qui a fait usage des pièces fausses, aveu tout à fait indépendant de la découverte faite par le demandeur en requête civile et qui ne peut jamais être suppléé par elle.

Cela s'induit du rappprochement des art. 448, 488, 480, du texte même de ce dernier.

Ainsi, l'art. 448 proroge les délais de l'appel du jugement obtenu sur pièces fausses, en ne les faisant courir que du jour où le faux a été reconnu ou juridiquement constaté. On convient généralement que dans cette hypothèse la reconnaissance dont parle la loi, c'est l'aveu de la partie, et ce qui le prouve, c'est que cet article, exigeant une preuve par écrit de la découverte des pièces décisives, n'aurait pas manqué de la prescrire pour la découverte du faux, sans quoi les délais d'appel n'eussent jamais couru. Or, rien n'indiquant une intention contraire, il faut conclure, de l'identité des termes employés par

l'art. 480, à une solution conforme à celle donnée dans le cas de l'art. 448.

Ainsi encore, l'art. 488, qui fait courir les délais de la requête civile du jour où soit le faux, soit le dol, aura été reconnu ou les pièces décisives découvertes, ajoute : pourvu que dans ces deux derniers cas il y ait preuve par écrit du jour et non-autrement. Le motif qui a fait restreindre la nécessité de la preuve écrite au dol et à la découverte des pièces décisives, c'est que le faux ne pouvant résulter que d'une reconnaissance ou d'un jugement, la preuve du jour de l'une ou de l'autre résultera invinciblement de l'acte qui constate l'une ou l'autre. La loi n'a donc pas voulu parler de la simple découverte du faux, car elle eût fait pour celle-ci ce qu'elle a fait pour celle du dol, pour celle de pièces décisives, à moins qu'on n'admît que, pour le faux, la loi n'a voulu tracer aucune limite à la faculté de se pourvoir par requête civile. Or, une pareille intention est d'autant moins présumable que l'intérêt public prescrivait de laisser le moins possible dans l'incertitude l'autorité des jugements ou arrêts.

Enfin, admettre que la reconnaissance exigée par l'article 480 signifie seulement la découverte du faux par le demandeur en requête civile, c'est supposer au législateur deux volontés contradictoires dans deux dispositions rapprochées à dessein, à cause de leur coïncidence. Ainsi, tandis qu'il aurait exigé d'une part la constatation juridique du faux pour donner ouverture à la requête civile, de l'autre il se serait contenté qu'il fût seulement découvert. Une telle contradiction n'est ni présumable ni admissible.

444. — En conséquence il n'y a pas à hésiter. Celui

qui veut se pourvoir en requête civile, pour fausseté des pièces produites, doit se procurer l'aveu de son adversaire et, à défaut, faire constater juridiquement le faux. Cette reconnaissance ou ce jugement obtenu, la requête civile devient recevable et peut dès lors être intentée. De là résulte évidemment que le même tribunal ne saurait être simultanément investi de la connaissance du faux et de la requête civile, ni prononcer sur le tout par un même jugement.

C'est au reste dans ce sens que s'est généralement prononcée la jurisprudence. De nombreux et graves monuments l'attestent [1].

Tout en admettant ce principe, Pigeau en restreint l'application au cas où la pièce arguée est authentique. Si la pièce est privée, dit-il, les juges peuvent, après l'avoir examinée et reconnue fausse, la déclarer nulle et admettre la requête civile par le même jugement.

Mais cette opinion a le tort de distinguer là où la loi ne distingue pas, De plus, elle transfère au juge le pouvoir de reconnaître la fausseté de la pièce et de commettre ainsi une équivoque sur la valeur de ce terme que la loi a considéré comme l'équivalent de l'aveu de la partie. Elle est donc inadmissible. Ainsi, que la pièce soit privée, qu'elle soit authentique, la nécessité d'une reconnaissance ou d'un jugement préalable n'en existe pas moins, pour que le droit de se pourvoir par requête civile soit ouvert.

445. — 3° Enfin la requête civile est autorisée si, de-

[1] Voy. au *Journal du Palais :* Grenoble, 29 mai 1834 ; Paris, 11 mai 1836 ; Cass., 2 mai 1837, et 13 février 1838 ; Aix, 8 février 1839 : tom. 1, 37, 332, 1, 38, 268 ; 1, 39, 408.

puis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie.

Trois conditions sont donc indispensables pour constituer cette ouverture spéciale de requête civile.

La première, c'est que les pièces aient été découvertes depuis le jugement. Conséquemment, si leur existence avait été connue avant, la partie qui aurait négligé de les produire ou de s'en prévaloir ne serait plus admise à se pourvoir contre le jugement. Ce jugement serait maintenu tel qu'il a été prononcé, alors même que la décision qu'il consacre eût dû être différente, si les pièces non représentées eussent été vérifiées par les juges. La requête civile n'a nullement été imaginée pour venir en aide à l'imprudent qui n'a pas su se défendre comme le voulait son intérêt.

La détermination de l'époque de la découverte précise des pièces était de nature à soulever de graves difficultés. C'est pour les prévenir que la loi exige que la preuve écrite de cette découverte soit produite par le demandeur en requête civile. Aux termes de l'art. 488, l'absence de cette formalité ne permettrait pas d'accueillir la demande.

La seconde condition, c'est que les pièces soient décisives. L'exigence de ce caractère implique pour le juge la nécessité de jeter un coup d'œil sur le fond du procès. Aussi cette faculté, que l'ordonnance de 1667 refusait, a-t-elle été explicitement admise lors de la discussion législative du Code de procédure civile. Elle est d'ailleurs indispensable, car comment juger si la pièce est ou non décisive, autrement qu'en recherchant quelle est l'influence qu'elle doit exercer sur les prétentions des parties.

Le juge examinera donc le fond, et s'il résulte de cet examen, dit Pigeau, que la cause eût été perdue quand

même la partie eût plus tôt produit la pièce, on n'aura pas à s'occuper de la requête civile, qui devra dès lors être rejetée.

Il suit de là qu'il n'y a de pièces décisives, dans le sens de la loi, que celles dont les énonciations devaient amener une solution opposée à celle que le jugement consacre. Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Berriat Saint-Prix. Cet auteur pense que le caractère des pièces doit être apprécié par rapport au rescindant seulement ; conséquemment il établit comme règle générale que, quoique la pièce retenue ou recouvrée doive, en définitive, faire rendre un jugement semblable au premier, quant à ses résultats, il n'en faut pas moins rétracter celui-ci.

Cette doctrine s'écarte du véritable esprit de la loi; elle ne tend qu'à perpétuer les procès, qu'à multiplier les frais. Elle devait donc être rejetée. Elle l'a effectivement été par les auteurs et par la jurisprudence. La Cour de Bruxelles, notamment a décidé, par arrêt du 9 juillet 1823, que, si la pièce n'est pas décisive au fond on ne peut prétendre qu'il y ait dissimulation dolosive, et partant ouverture à requête civile.

La troisième condition, c'est que les pièces aient été retenues par le fait de la partie.

Cette rétention est surtout le fait principal dont le § 10 a voulu s'occuper. Nous verrons bientôt que son existence est constitutive d'une présomption de dol suffisante pour autoriser la requête civile. A ce titre, on ne pouvait faire autrement que d'exiger qu'elle fût directement imputable à la partie, le dol, formel ou présumé, devant être personnel pour créer une ouverture à requête civile.

De là cette conséquence que, si les pièces avaient été retenues par un tiers ou si le défaut de leur production

n'était imputable qu'à la négligence de la partie qui avait intérêt à les représenter, le jugement rendu en leur absence demeurerait inattaquable pour toutes les parties.

On doit, dans cette circonstance, appliquer les principes que nous avons déjà exposés sur le dol direct ou indirect. Ainsi si la rétention matériellement opérée par un tiers n'était due qu'aux inspirations de l'une des parties, si la conduite de ce tiers était le résultat d'une collusion frauduleuse, la complicité de la partie la rendrait directement responsable des conséquences de la rétention et autoriserait la requête civile. C'est ce qui seréaliserait dans le cas où la partie, dans l'intention d'éluder la loi, aurait, avant le procès, remis les pièces entre les mains d'un tiers, en le chargeant de les céler; ou si, connaissant le dépositaire de ces pièces, elle était parvenue, par dons promesses ou violences, à le déterminer à ne pas les produire.

D'autre part, la possession d'une pièce et le silence gardé sur son existence ne constitueraient pas la rétention prévue par la loi, si la minute de cette pièce étant déposée dans des registres publics ou chez un notaire, les parties ont pu en requérir une expédition ou une copie; si la pièce étant commune aux deux parties ou si, son existence étant acquise, on a pu forcer le dépositaire à la communiquer. Ainsi il a été jugé qu'il n'y avait pas véritable rétention dans le fait de l'associé qui, constitué gardien d'un document social, ne l'avait pas produit, tous les associés pouvant le réclamer et le consulter en tout temps[1]; que la partie qui n'a pas usé de la faculté autorisée par l'art 188 du Code de procédure d'exiger la communication des pièces invoquées par son adversaire, ou qu'il sait

[1] Paris, 28 Novembre 1810.

être en sa possession, ne peut être admise à se pourvoir par requête civile, sous prétexte que celui-là les aurait retenues [1].

On le déciderait de même dans toutes les hypothèses où le demandeur en requête civile aurait négligé de faire valoir les moyens que la loi lui donne de s'éclairer sur son droit. Il est certain que, en pareille occurrence, il a commis une faute qui n'a pas peu contribué au préjudice dont il se plaint. Or, en principe, le dol n'oblige à la restitution que lorsque celui qui réclame n'est pas lui-même coupable d'imprudence, de légèreté ou de négligence. Alors, en effet, et seulement, le dol peut être considéré comme la cause déterminante du contrat.

446. — Au reste, les circonstances pouvant ou non constituer la rétention dans le sens légal ne présentent que des appréciations de fait que la loi abandonne à la prudence et aux lumières du juge. Mais une pure question de droit est celle de savoir si la requête civile est admissible lorsque celui qui a retenu les pièces a agi de bonne foi et dans l'ignorance de leur existence entre ses mains.

Pigeau enseigne l'affirmative. Mais cette solution est fortement combattue par. M. Ad. Chauveau. « Le § 10, dit ce dernier, prévoit un cas de dol aussi bien que le § 1er, et, s'il diffère de celui-ci par une précision spéciale, comme lui, du moins, il pose, à titre de condition essentielle, qu'il faut que le dol provienne du fait de la partie.

» Or il n'y a pas de dol dans l'hypothèse, car le dol sup-

[1] Cass., 20 novembre 1832.

pose l'intention de nuire, il n'existe même qu'à ce titre ; et ici le contraire est établi.

» Encore moins peut-on dire qu'il se révèle par une manœuvre coupable de la partie, puisque celle qui, par pure ignorance, a retenu des pièces qu'elle ne savait pas en sa possession, n'a pas même encouru le reproche de négligence ; ce n'était pas à elle, en effet, de chercher des armes à son adversaire. Il suffit qu'elle n'ait pas sciemment mis obstacle aux recherches que celui-ci aurait pu effectuer, pour qu'elle soit exempte de tout blâme.»

Ainsi, des deux hypothèses que l'art. 480 semble prévoir dans le § 10, à savoir : celle d'une rétention intentionnelle, et celle d'une rétention provenant de l'ignorance, M. Chauveau n'admet que la première comme donnant ouverture à la requête civile. Nous pensons, au contraire, que c'est uniquement en vue de la seconde que le § 10 a été inscrit dans la loi.

Aucun doute, en effet, ne pouvait s'élever dans le cas de dol. Le § 1er les prévoit tous, et la rétention d'une pièce décisive, opérée sciemment, étant un véritable dol personnel, tombait virtuellement sous le coup de cette disposition.

Il n'en était pas de même de la rétention de bonne foi. On pouvait précisément invoquer ce caractère pour combattre la recevabilité de la requête civile. Il était donc urgent de tracer à cet égard une règle précise, si l'intention du législateur était de consacrer la requête civile dans ce cas.

Or nous croyons que cette intention a été celle de la loi ; et c'est pour l'exprimer que le § 10 a été adopté. Ce paragraphe s'appliquerait donc précisément à l'hypothèse que M. Chauveau prétend exclure.

Remarquons d'abord que la loi n'exige qu'une seule chose, à savoir : que les pièces aient été retenues par *le fait* de la partie. C'est donc à la matérialité des choses qu'il convient de se référer. L'absence de toute indication relative à l'intention, en fait un devoir d'autant plus impérieux que cette absence n'est qu'une conséquence d'une appréciation exacte des difficultés graves que les questions d'intention pouvaient soulever.

L'ignorance de l'existence d'une pièce qu'on a en sa possession est un fait tellement intime, qu'on ne pourrait rendre la prétention contraire l'objet d'une preuve quelconque. Cependant le fait de cette possession a causé un grave préjudice, puisqu'une partie, qui ne devait pas l'être, a été condamnée. Or, comment concevoir l'impossibilité absolue de toute réparation dans laquelle cette partie serait d'établir que la bonne foi de son adversaire n'est qu'un vain prétexte ?

A côté de cet inconvénient déplorable, s'en trouvait un autre non moins grave. On ouvrait une large porte à l'arbitraire, en constituant les tribunaux juges nécessaires de cette intention. C'était, en effet, les placer en présence de deux allégations dépouillées de tout secours extérieur, et les exposer ainsi à consacrer dans plusieurs cas le contraire de la vérité.

Il n'y avait qu'un seul moyen qui pût faire heureusement franchir ce double écueil, et ce moyen est celui que la loi a pris. Le fait de la possession des pièces et leur rétention est déterminant. Il crée une présomption légale de dol, suffisante pour donner ouverture à la requête civile.

La loi ne pouvait pas hésiter à le décider ainsi, car le résultat qu'elle atteint est le seul juste, le seul équitable,

Ainsi la partie qui ne doit rien se trouve exonérée d'une condamnation imméritée. Son adversaire perd le bénéfice d'un jugement qui n'a été qu'une surprise à la religion des juges, et dont l'annulation ne fait que lui rendre la position dans laquelle il était réellement placé.

Le système contraire a des conséquences iniques, et grève d'une responsabilité désastreuse la partie qui n'a absolument rien à se reprocher. En effet, si elle n'a pas produit les pièces dont son intérêt exigeait la représentation, c'est par l'excellente raison qu'elles étaient dans les mains de son adversaire. On ne saurait donc lui reprocher ni faute, ni imprudence, ni légèreté.

Il n'en est pas de même de ce dernier, s'il pouvait échapper au reproche d'avoir commis une faute grave, il se trouverait au moins convaincu de négligence. Il a, en effet, le tort de ne s'être pas assez assuré de l'existence du droit qu'il allait exercer. Cependant c'est lui qu'on récompenserait de cette heureuse négligence, c'est lui qu'on enrichirait des dépouilles injustement arrachées à son adversaire !

Est-il vrai cependant qu'il doive en être ainsi et que la loi n'ait autorisé la requête civile que lorsqu'il s'agit d'un dol caractérisé?

La négative s'induit des motifs et du texte de l'art. 480. La requête civile n'est qu'un moyen de corriger l'erreur dans laquelle le juge devait fatalement tomber par le fait ou par la fraude de l'une des parties. C'est ce que prouve invinciblement le § 9 de cet art. 480.

L'usage des pièces fausses peut caractériser un dol. Il peut aussi n'être que le résultat de la bonne foi et de l'ignorance. A-t-on hésité, dans cette dernière hypothèse, à autoriser la requête civile? Cependant la bonne foi de

la partie est exclusive de toute intention frauduleuse, et si la loi exigeait cette intention, il faudrait décider, pour l'usage des pièces fausses, ce que M. Chauveau enseigne pour la rétention des pièces. Le contraire cependant n'a jamais été contesté par personne.

Mais si la bonne foi n'est point une excuse pour l'usage des pièces fausses, pourquoi lui reconnaîtrait-on ce caractère, lorsqu'il s'agit de rétention de pièces décisives? Evidemment il y a dans les motifs de décision, dans l'un et dans l'autre cas, une telle identité qu'on ne saurait justifier ni concevoir une pareille divergence dans les résultats.

Concluons donc que le sens du § 10, déterminé par les motifs qui ont fait admettre la requête civile, justifié par l'énormité des conséquences que le système de M. Chauveau entraînerait, est invariablement fixé par son rapprochement avec le § 9. Le dol est présumé dans le fait de rétention, au même titre que dans le fait de l'usage des pièces fausses. L'un et l'autre se réalisant, le jugement est essentiellement altéré dans son principal caractère, et la requête civile est ouverte, quelles qu'aient été les causes déterminantes de l'un ou de l'autre. La preuve que le § 10 n'a pas d'autre but que le § 9, c'est que déjà le 1er punissait le dol personnel, et qu'il est impossible d'admettre que le législateur ait cru devoir consacrer deux fois, dans le même article, la même disposition.

Enfin la justesse de notre conclusion est prouvée par la jurisprudence que nous avons déjà rappelée. Si, dans la supposition de mauvaise foi admise par M. Chauveau, la loi exige la dissimulation et la rétention, la conséquence nécessaire de sa disposition sera que le dol n'existera que par la réunion de ces deux circonstances, et

que la simple dissimulation, fût-elle le produit de la fraude la plus insigne, ne saurait, dans aucun cas, autoriser la requête civile.

Le contraire a été cependant formellement jugé par la Cour de cassation. Son arrêt, du 19 février 1823, décide, en effet, que la dissimulation d'une pièce, sans qu'il y ait eu rétention, pouvait constituer un dol donnant ouverture à requête civile. Dans le système de M. Chauveau, cet arrêt serait une violation flagrante de la loi, puisqu'il ferait produire à une seule des circonstances prévues les effets que la loi n'a voulu donner qu'à la réalisation simultanée de l'une et de l'autre. S'il faut qu'il y ait mauvaise foi, dissimulation et rétention, il est évident que la mauvaise foi qui n'aura produit que la dissimulation ne pourrait être atteinte, sans méconnaître la volonté expresse du législateur.

La Cour de cassation n'a pas hésité pourtant, et M. Chauveau approuve formellement son arrêt. Donc la Cour a admis expressément que le texte du § 10 de l'article 480 a un sens tout spécial, à savoir : que la réunion des circonstances qui y sont énumérées crée une présomption légale de dol, rendant inutile et superflue l'examen de l'intention qui les a déterminées. Cet examen devient, au contraire, indispensable lorsque les parties se trouvant en présence d'une simple dissimulation, il y a lieu de rechercher si cette dissimulation ne constitue pas un véritable dol, et s'il convient d'appliquer le § 1er. La bonne ou mauvaise foi, indifférente dans la première hypothèse, est donc décisive et conséquemment nécessaire à établir dans la seconde.

447. — Nous aurions maintenant à rechercher quels

sont les jugements qui peuvent être attaqués par la voie de la requête civile; quels sont les effets de l'introduction de l'instance, ceux de son admission. Mais les difficultés que ces divers points peuvent entraîner appartiennent à une autre matière que celle qui nous occupe. Nous devons dons renvoyer aux auteurs qui ont écrit sur cette partie de notre droit. Rappelons seulement que l'exécution du jugement attaqué ne saurait être ni suspendue ni arrêtée jusqu'au moment où, par la conséquence de la requête civile, ce jugement se trouve rétracté et les parties remises au même état qu'avant sa prononciation.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE

DU TOME PREMIER

Observations préliminaires 1

CHAPITRE I. — Définition du dol 11
Section i. — Caractères du dol 16
Section ii. — Des diverses espèces de dol 30
§ i. — Dol substantiel ou accidentel 37
§ ii. — Dol direct ou indirect 51
§ iii. — Dol positif ou négatif 59
§ iv. — Dol postérieur au contrat 69
CHAPITRE II. — De la preuve du dol 73
Section i. — Du dol présumé 75
Section ii. — Dol non présumé, modes de preuve . . . 209
CHAPITRE III. — Des effets du dol 246
Section i. — Dol dans les traités, ses effets 247
§ i. — De l'action en nullité ou rescision 251
§ ii. — De l'action en dommages-intérêts 281
Section ii. — Dol dans le mariage 328
Section iii. — Dol dans les libéralités 388
Section iv. — Dol dans les jugements 450
§ i. — De la requête civile 453

Havre. — Imprimerie du Commerce, 3, rue de la Bourse.

JUN JUIN 12 2001

Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance

Library Network
University of Ottawa
Date Due